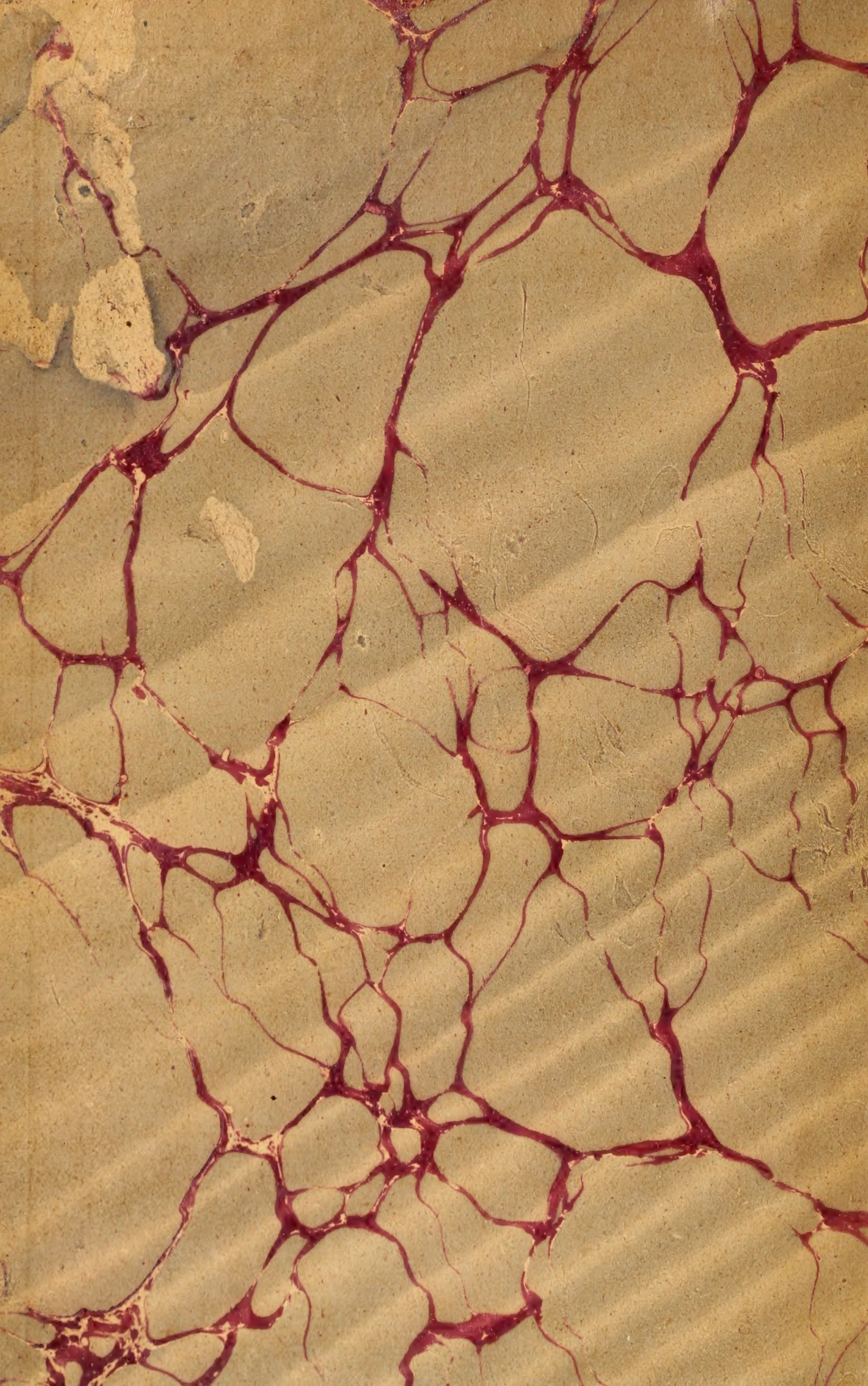
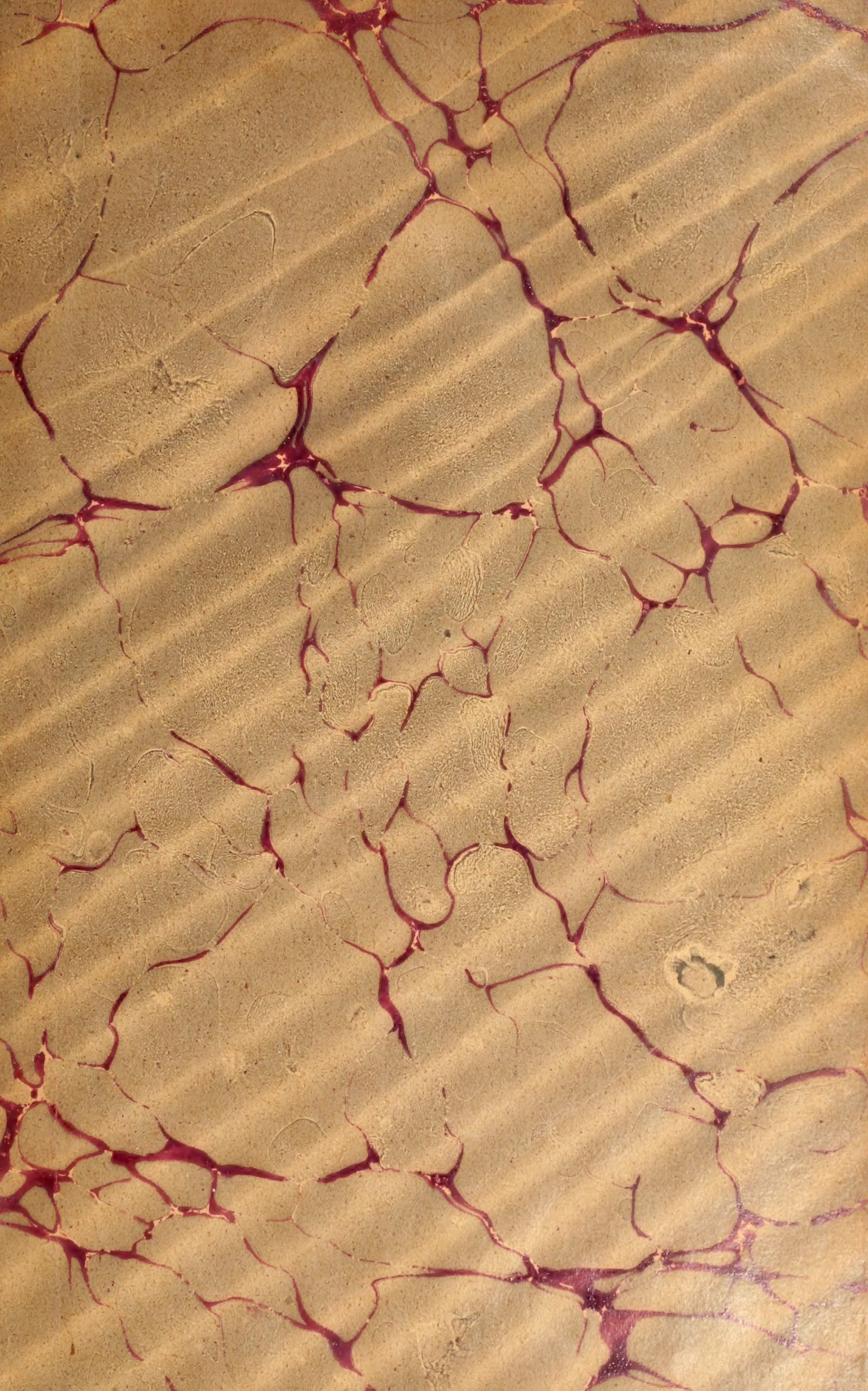

UNIVERSITY OF TORONTO
3 1761 01623015 3

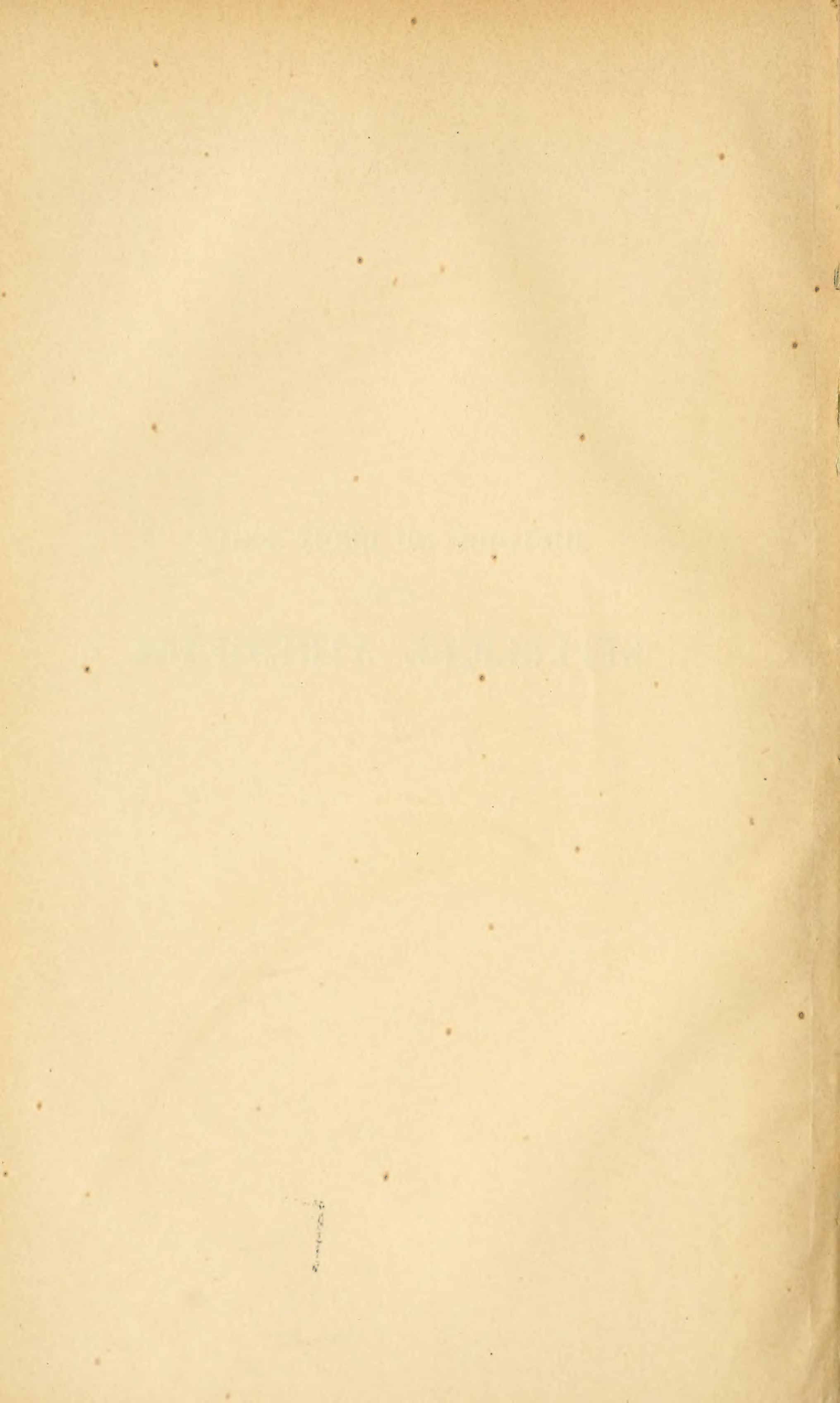




HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

DE LA

RÉPUBLIQUE ATHÉNIENNE



HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

DE LA

RÉPUBLIQUE ATHÉNIENNE

PAR

Ludovic BEAUCHET

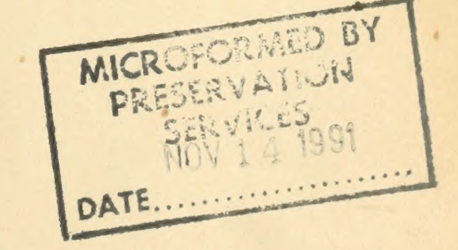
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY
ANCIEN MEMBRE (HORS CADRE) DE L'ÉCOLE FRANÇAISE D'ATHÈNES

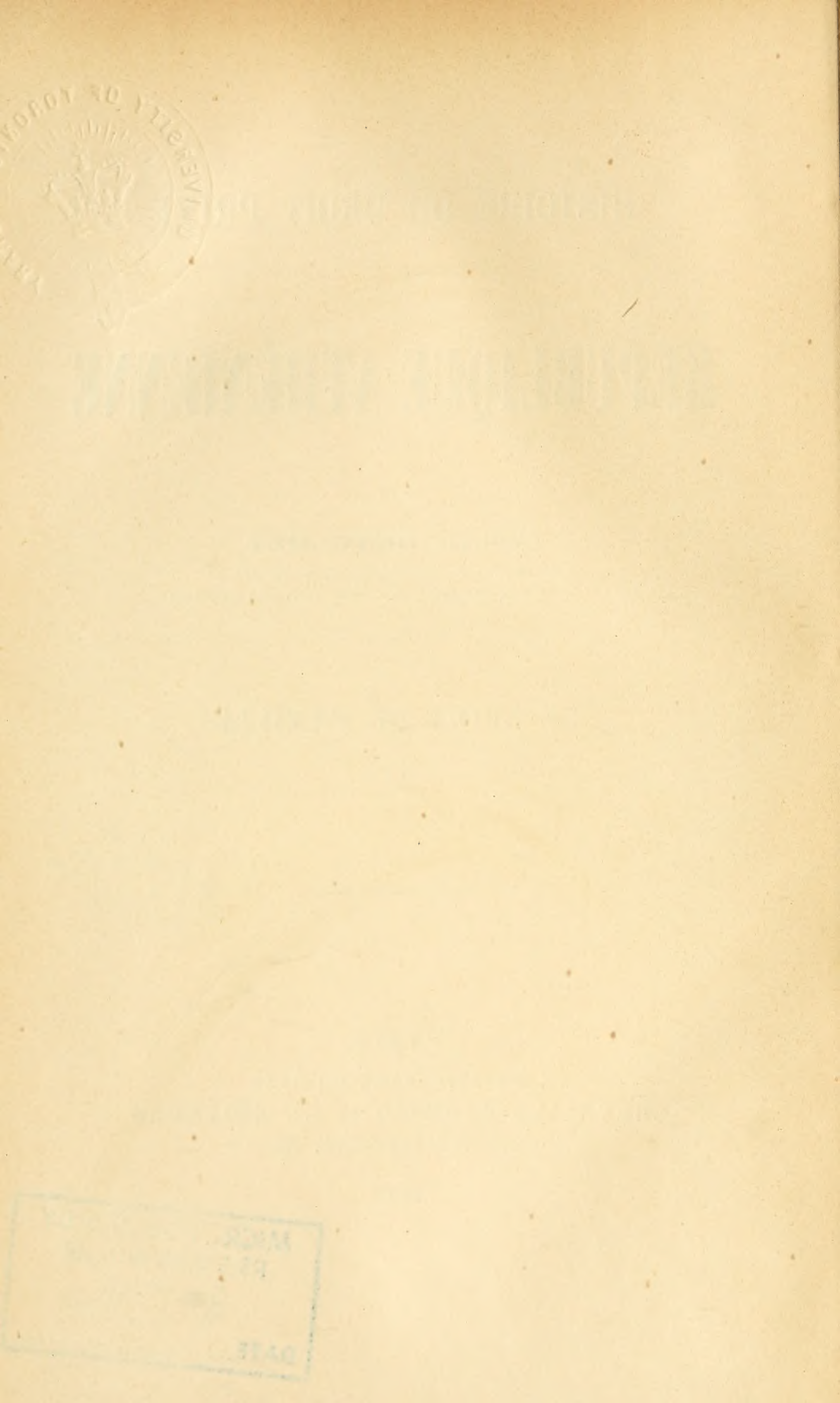
LE DROIT DE FAMILLE

II

PARIS
LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS
20, RUE SOUFFLOT, 20

1897





CHAPITRE II

DE L'ADOPTION

SECTION I

Notions générales

A. — *Caractère.*

Le mariage est, à Athènes, la source ordinaire de la parenté ; il permet d'assurer la continuation de la famille, la perpétuité du culte domestique, la transmission du nom et du patrimoine. Mais lorsque la stérilité de son union ou la mort prématurée de ses enfants viennent empêcher ces résultats et tromper les espérances du père de famille, l'adoption lui permet de s'assurer, en dehors du mariage, un continuateur à sa personne en établissant entre lui et l'adopté des rapports civils de paternité et de filiation.

Chez les Grecs, comme chez la plupart des peuples de l'antiquité, notamment chez les Hindous et chez les Romains, l'adoption se lie primitivement à une idée religieuse. Sans doute, parmi les motifs qui poussaient un citoyen, lorsqu'il se voyait mourir sans enfants, à se donner un successeur par le moyen de l'adoption, se trouvait cette préoccupation « qui a sa source dans un des sentiments les plus impérieux que la nature ait mis au plus profond du cœur humain, le sentiment de la solidarité qui relie les unes aux autres les générations humaines » [1]. Mais cette disposition se fortifiait encore de tout ce qu'y ajoutaient les croyances religieuses

(1) Perrot, *L'éloquence politique*, p. 365.

communes à toutes les nations de race aryenne sur le devoir de perpétuer le culte domestique, d'assurer la continuité des offrandes funèbres, et par là-même le repos des mânes des ancêtres [1]. La même religion qui, pour prévenir le malheur si redouté de l'extinction de la famille, obligeait l'homme à se marier, qui autorisait le divorce en cas de stérilité ou qui, en cas d'impuissance du mari, lui substituait un parent, trouvait dans l'adoption une dernière ressource pour prévenir l'extinction du culte domestique [2]. « Celui à qui la nature n'a pas donné de fils, peut en adopter un pour que les cérémonies funèbres ne cessent pas », disait l'ancien législateur des Hindous [3].

Ces mêmes idées régnaient dans tout le monde hélléno-pélasgique. « La conservation des maisons, dit O. Müller, était ordonnée par la religion indépendamment de l'économie politique. Rien n'était plus terrible pour les Grecs de l'ancien temps que la destruction de la famille, la solitude de la maison par laquelle le mort perdait ses honneurs religieux, les dieux de la race leurs sacrifices, le foyer sa flamme, les ancêtres leur nom parmi les vivants » [4].

En aucune autre cité peut-être plus qu'à Athènes, l'idée religieuse n'apparaît comme le principal des motifs qui ont pu inspirer la pensée de l'adoption. « Ménéclès, dit un plaideur par la plume d'Isée, ne voulait pas mourir sans enfants ; il tenait à trouver quelqu'un qui, pendant sa vie, nourrirait sa vieillesse, qui, après sa mort, l'ensevelirait, et qui, dans la suite, accomplirait les cérémonies du culte funèbre (τὰ νομιζόμενα)... Moi, son fils adoptif et ma femme, nous l'avons

(1) Le culte des ancêtres, considéré comme l'expression de la conservation de la famille, se rencontre toutefois chez d'autres peuples de l'Orient qui ne sont pas de souche aryenne, notamment en Chine et au Japon. Cf. Jannet, p. 99, note.

(2) Cf. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, ch. 4.

(3) Lois de Manou, IX, 10. Cf. Cicéron, *De legibus*, II, 9 : « *Sacra privata perpetua.* »

(4) *Die Dorier*, t. II, p. 192.

entouré de soins tant qu'il a vécu, nous avons donné son nom à mon fils afin que le nom de la maison ne se perdît point. Après sa mort, nous l'avons enseveli d'une façon digne de lui et de moi, j'ai élevé un beau cippe au-dessus de sa tombe ; je lui ai fait les sacrifices du neuvième jour et rendu tous les derniers devoirs aussi bien qu'il m'était possible, de manière à mériter les éloges de tous les démotes » [1]. Le plaideur montre ensuite que, si l'adoption est annulée, Ménéclès sera mort sans laisser de fils, qu'en conséquence, personne ne fera les sacrifices en son honneur, que nul ne lui offrira les repas funèbres et qu'enfin il sera sans culte. Dans un autre plaidoyer, Isée nous dit également que la principale préoccupation de l'adoptant a été de charger son fils adoptif du culte des dieux domestiques et du soin de « rendre au testateur (l'adoptant) après sa mort et aux ancètres du testateur tous les honneurs funèbres prescrits par l'usage » [2]. Dans ce même discours, celui qui revendique l'héritage d'Astyphile fait valoir cette considération, de nature à émouvoir le jury athénien, qu'attribuer l'héritage légitime à son adversaire, ce serait laisser profaner le culte héréditaire et les sacrifices des ancêtres par un intrus qui viendrait les offrir sans droit [3].

Ce souci de ne pas mourir sans enfants (ἄπαις) et d'empêcher la maison d'être déserte apparaît également dans les écrits des autres orateurs athéniens [4]. Platon [5] enfin n'est

(1) Isée, *De Menecl. her.*, §§ 10 et 36.

(2) Isée, *De Astyph. her.*, § 7.

(3) Isée, *ibid.*, § 36. Caillemer a donné la traduction française de ce plaidoyer avec de nombreuses notes dans l'*Annuaire*, 1875, p. 164 et s. Cf. sur le caractère religieux de l'adoption : Robiou, p. 59 et s.; B. W. Leist, p. 71; Gide et Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Adoption ;* Schœmann-Galuski, t. I, p. 408; Guiraud, p. 107; Boissonade, p. 56; Dareste, *Plaidoyers civils*, t. II, p. 24.

(4) Isocrate, *Ægin.*, § 35. Démosthène, *Adv. Leoch.*, § 48 : ὅπως ἂν ὁ οἶκος μὴ ἐξερημωθῇ. Cf. Isée, *De Apollod. her.*, § 39.

(5) Platon, *Leges*, VI, p. 773 : παῖδας παίδων καταλείποντα ἀεὶ τῷ θεῷ ὑπηρέτας ἀνθ' αὑτοῦ παραδιδόναι.

que l'interprète du sentiment populaire sur le caractère religieux de l'adoption, lorsqu'il dit que chaque homme doit en mourant laisser à Dieu des enfants pour le servir et l'adorer à sa place.

A côté de l'intérêt religieux, l'adoption présentait en Grèce, notamment à Athènes, un intérêt politique, tantôt confondu avec le premier, tantôt en étant distinct. Ainsi d'abord c'était une chose fâcheuse pour la République que la disparition d'un de ces autels domestiques où s'offraient des sacrifices à l'un de ces glorieux ancêtres fondateurs de la cité qui, en retour des hommages que leur rendaient leurs descendants, protégeaient encore la ville dont ils avaient contribué à édifier la puissance. L'extinction d'une famille et, par suite, de son culte spécial, c'était pour la ville un protecteur de moins [1].

D'autre part, à un point de vue plus pratique, la cité était intéressée à la conservation des familles dont le nombre était assez restreint, comme dans toutes les républiques anciennes, et qui à Athènes portaient par les liturgies presque tout le poids des services publics. Comme l'explique très bien Perrot [2], les familles opulentes et renommées tenaient à honneur de s'acquitter avec éclat des obligations que leur imposait leur fortune. Mais si, par l'extinction d'une de ces anciennes familles, les biens passaient à une autre plus récente et plus obscure, celle-ci pouvait très bien, suivant l'expression usitée dans le droit attique, « rendre invisible » c'est-à-dire mobiliser une partie de sa fortune pour éviter de contribuer aux dépenses de la cité en proportion de l'accroissement de ses ressources. Dans une cité qui apparaissait surtout comme une association de familles, la disparition d'une famille altérait nécessairement l'organisation sociale. Aussi la loi chargeait-elle spécialement l'ar-

(1) Perrot, *loc. cit.*, p. 364.
(2) *Loc. cit.*, p. 364, 365.

chonte éponyme de « prendre soin des maisons devenues désertes »[1] et, comme nous le verrons, il devait, à défaut d'adoption faite par le défunt lui-même, veiller à ce que ses parents lui créassent, par une adoption posthume, un continuateur de sa personne et de son culte domestique[2].

L'adoption présente enfin, à côté de l'intérêt religieux et de l'intérêt politique[3], un grave intérêt pécuniaire tenant à cette particularité du droit grec qui ne permettait pas d'avoir d'autres héritiers que ses parents légitimes. On ne pouvait, en conséquence, se donner un successeur qu'en l'introduisant par l'adoption dans la famille[4]. Aussi la terminologie usitée en matière d'adoption ressemble-t-elle beaucoup à celle qui l'était en matière de testament.

Les considérations que nous venons d'exposer sur le caractère et l'utilité de l'adoption expliquent l'importance de cette institution dans le droit grec. A Athènes spécialement, l'adoption tient dans la vie civile[5], dans l'histoire du droit et dans les œuvres des orateurs une place hors de proportion avec celle qu'elle a jamais occupée chez aucun peuple moderne. Au témoignage d'Isée, « l'adoption est en usage chez tous les peuples et grecs et barbares, qui ont

(1) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 75. V. *supra*, t. I, p. 6, note 1.

(2) Dans un de ses plaidoyers (*De Apollod. her.*, §§ 31, 32), Isée fait allusion à cet intérêt purement politique de l'adoption. Son client Thrasyllos reproche à son adversaire, qui avait recueilli la succession de son beau-père, de ne point lui avoir choisi parmi ses propres enfants un héritier (adoption posthume), mais d'avoir vendu les biens et l'habitation pour cinq talents, et il s'indigne que l'on ait fait disparaître une maison qui supportait si noblement la triérarchie.

(3) Les considérations que nous avons présentées à ce sujet paraissent contredites par la possibilité d'adopter une femme. Mais la contradiction n'est qu'apparente, car l'adoptée devait se trouver dans une situation semblable à celle de la fille épiclère.

(4) Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 76.

(5) « *Tous*, dit Isée, pourvoient, quand la mort approche, à ne pas laisser leurs maisons vides et à ce qu'il se trouve quelqu'un qui offre les sacrifices funéraires et s'acquitte à leur égard des rites prescrits. » *De Apollod. her.*, § 31.

reconnu l'excellence de cette institution, et qui, par suite, s'en servent tous » [1]. Abstraction faite d'Athènes, les témoignages qui nous sont parvenus nous montrent l'adoption pratiquée dans beaucoup d'autres républiques grecques notamment à Sparte [2], à Thèbes [3], à Egine [4], en Crète [5], à Rhodes et à Corcyre [6].

Si haut qu'on puisse remonter dans l'histoire du droit grec, il semble que l'adoption y ait été pratiquée. Sans aller jusqu'aux temps mythologiques où l'on voit Hercule adopté par Junon [7] et Hyllus par Egimius [8], l'adoption aurait été en usage à Athènes dès la plus haute antiquité. Thésée serait le fils adoptif d'Egée, et celui-ci aurait été lui-même adopté par Pandion [9]. Il est certain d'ailleurs que l'adoption était connue antérieurement à Solon, ainsi que le prouve la loi citée par les orateurs grecs d'après laquelle, pour pouvoir adopter, il fallait n'avoir pas soi-même été adopté « avant l'époque où Solon est devenu archonte » [10].

L'adoption, malgré l'usage fréquent qu'on en fit à Athènes, ne paraît point cependant y avoir eu ni la même originalité, ni la même solennité, ni la même force qu'à Rome. D'autre part, le principe du droit romain, suivi par les lois modernes qui ont conservé l'adoption, et d'après lequel celle-ci doit imiter la nature, est tout à fait étranger à la législation grecque et spécialement au droit athénien. Cela tient,

(1) *De Menecl. her.*, § 24.

(2) Hérodote, VI, 57.

(3) Aristote, *Polit.*, II, 9, 7.

(4) Isocrate, XIX, 49. Cf. Ross, *Inscr. ined.*, III, p. 25 et *Rhein. Museum*, IV, 190; Keil, *Zwei griech. Inschr.*, p. 18.

(5) Loi de Gortyne, X, 33-53, XI, 1-23. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 482, sur le caractère de l'adoption à Gortyne.

(6) *Corp. insc. græc.*, 2448, 2524, 2539 ; Foucart, *Inscrip. inéd. de Rhodes*, 6, 29, 34.

(7) Diodore de Sicile, IV, 39.

(8) Hérodote, V, 68 ; O. Muller, *Die Dorier*, t. II, p. 71.

(9) Plutarque, *Thésée* ; Van den Es, p. 78.

(10) Démosthène, *In Steph.*, II, § 24.

d'une part, aux motifs sur lesquels repose l'adoption, d'autre part au but que l'on poursuit par cet acte. D'abord, en effet, l'adoption est, ainsi que nous l'avons vu, inspirée par des motifs d'intérêt divers, religieux, politique et pécuniaire, ce qui explique certaines règles originales du droit athénien, comme par exemple, celles qui permettent l'adoption partielle ou la révocation de l'adoption, ou qui font que l'adopté ait la faculté ou l'obligation d'épouser la fille de l'adoptant. Ensuite l'adoption, dans le droit grec, n'a point pour but principal, comme dans le droit romain, de créer une puissance paternelle qui n'existait pas chez les Grecs, dans le sens romain, mais seulement de créer entre l'adoptant et l'adopté un lien de parenté agnatique qui empêche la maison de « devenir déserte », et qui produit ses effets abstraction faite de la puissance paternelle de l'adoptant sur l'adopté [1]. Ce rapport agnatique ne rompt, en conséquence, les liens de famille de l'adopté que vis-à-vis de son père naturel et il les laisse subsister vis-à-vis de sa mère [2]. C'est peut-être aussi en raison de cet effet moins énergique de l'adoption dans le droit d'Athènes que l'Etat, bien qu'indirectement intéressé au maintien des familles, n'intervient point officiellement, comme le peuple romain, dans l'acte d'adoption, et que celle-ci ne concerne que l'association restreinte et purement religieuse de la phratrie [3].

B. — *Terminologie.*

L'adoption chez les Grecs est appelée ποίησις ou θέσις [4]. Le

(1) Cf. B. W. Leist, p. 75.

(2) Le droit grec ne paraît pas avoir connu une certaine espèce d'adoption répandue chez un grand nombre de peuples, notamment chez les Slaves, en Syrie, en Arabie et au Cambodge, et qui établit entre l'adoptant et l'adopté des rapports non de filiation mais de fraternité. Cf. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 482.

(3) V. toutefois ce que nous disons ultérieurement relativement à l'inscription des fils adoptifs sur le registre civique.

(4) Démosthène, *Adv. Leoch.*, § 49. Il y a lieu de regretter la perte d'un

fils adoptif se nomme, en conséquence, ποιητός [1] (εἰσποιητός) ou θετός [2] υἱός, par opposition au fils issu du mariage, γνήσιος υἱός ou fils par la naissance, φύσει, γόνῳ [3]. Relativement à l'adoptant, on emploie les mots ποιεῖσθαι [4], εἰσποιεῖσθαι [5], εἰσάγειν [6] (depuis Platon), θέσθαι υἱόν et, dans le dernier état du droit υἱῶσαι, d'où les expressions de ποιητός πατήρ ou θέτης [7] pour désigner le père adoptant. Etre adopté se dit, relativement à l'adoptant, ποιηθῆναι ou εἰσποιηθῆναι [8] et, à l'inverse, relativement au père naturel, ἐκποιηθῆναι, ἐκποίητον γίγνεσθαι [9] [10]. A Rhodes, à Corcyre et dans d'autres républiques grecques, l'adoption s'appelait υἱοθεσία [11]. En Crète, la loi de Gortyne [12] emploie des expressions spéciales ἄνπανσις, ἀνπαίνεσθαι [13].

plaidoyer d Isée περὶ τῆς ποιήσεως où l'on aurait trouvé des renseignements précieux sur notre matière.

(1) Ποιητός se dit aussi, d'une manière générale, des parents adoptifs, du père aussi bien que du fils. Lycurgue, *Contr. Leocr.*, § 48.

(2) Les expressions θέσις, θετός, comme aussi celle de ποιητός, s'emploient également à propos de la naturalisation d'un étranger par décret du peuple.

(3) Un enfant est γνήσιος, d'après Démosthène (*Adv. Leoch.*, § 49), ὅταν ᾖ γόνῳ γεγονώς.

(4) Le mot ποιεῖσθαι s'emploie avec ou sans l'addition du mot υἱόν. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 200; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 541, note 159.

(5) Le mot εἰσποιεῖν s'emploie aussi, dans un autre sens, de celui qui, magistrat ou simple particulier, laisse procéder à l'adoption d'un enfant. Démosthène, *C. Macart.*, § 15; Isée, *De Philoct. her.*; § 22; Platon, *Leges*, p. 878.

(6) Démosthène, *Adv. Leoch.*, § 63; Isée, *De Menecl. her.*, § 10; *De Pyrrhi her.*, § 73. Εἰσάγειν rappelle l'introduction de l'adopté dans le culte domestique de l'adoptant, ἐπὶ τὰ ἱερὰ ἀγαγών. Isée, *De Apollod.*, § 1.

(7) Θέτης est une expression d'origine récente. Van den Es, p. 79; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 541.

(8) Démosthène, *Adv. Leoch.*, § 64; Platon, *Leges*, XI, p. 929.

(9) Isée, *De Apollod. her.*, §§ 23 et 25.

(10) Sur la ressemblance de terminologie en matière d'adoption et en matière de testament, v. *infra*, liv. II, tit. VI, ch. I.

(11) *Corp. inscr. gr.*, 2448, 2524, 2539; Foucart, *Inscr. inéd. de Rhodes*, 6, 9, 34. Les inscriptions portent souvent ὑοθεσία.

(12) X, 33-53, XI, 1-23.

(13) On rencontre, pour désigner l'adoption d'une fille, l'expression θυγατροποιΐα. Keil, *Zwei griech. Inschr.*, p. 18.

SECTION II

Formes de l'adoption

A. — *Généralités*

Les formes de l'adoption varient suivant que celle-ci s'opère par acte entre-vifs, ou par acte testamentaire, de manière à ne produire d'effet qu'après la mort du père adoptif, ou enfin qu'elle n'a lieu, par une singularité du droit attique, qu'après la mort de l'adoptant (adoption posthume). Toutefois on peut dire, d'une manière générale, que la loi n'exige pour l'adoption aucune forme solennelle et que celles qui l'accompagnent habituellement ne sont prescrites que par la tradition et les mœurs [1]. Les formes de l'adoption sont d'ailleurs, malgré l'importance de cet acte, moins solennelles dans le droit athénien que dans le droit romain. Ainsi, tandis qu'à Rome il fallait pour autoriser l'adoption d'une personne *sui juris* (adrogation) une loi curiate, c'est-à-dire, avant qu'il n'y eût à la place des curies un vain simulacre d'assemblée populaire, l'intervention du peuple tout entier, à Athènes, au contraire, il suffit d'une simple déclaration de volonté de l'adoptant, et le rôle de la phratrie et du dème se borne à certifier plutôt qu'à approuver l'adoption [2].

B. — *Adoption entre vifs.*

Ce mode d'adoption a dû précéder l'adoption testamentaire et être seul pratiqué dans le principe. Rien ne le prouve, il

(1) Gide et Caillemer, *loc. cit.* p. 77.

(2) Sur l'espèce d'adoption publique, à titre de υἱὸς πόλεως ou δήμου que l'on rencontre à l'époque impériale et qui est conférée à titre honorifique, cf. Hirschfeld, *Zeit. f. œsterr. Gymn.*, XXIII, p. 161 et s.; Keil, *in Rhein. Mus.*, t. XX, p. 538.

est vrai, pour le droit athénien, mais cela est certain pour d'autres républiques. Ainsi la loi de Gortyne, qui pose des règles détaillées sur l'adoption entre vifs, ne dit rien de l'adoption par testament et ne la connaît pas [1]. On peut donc conjecturer avec assez de vraisemblance que celle-ci n'a pris place dans le droit grec que lorsqu'on eut reconnu l'insuffisance de la première [2].

Les formes de l'adoption entre vifs sont inspirées des divers intérêts que cet acte met en jeu, intérêt privé, intérêt religieux, intérêt politique. Les formes que comporte l'adoption à ce triple point de vue comprennent, dès lors, en substance : 1° une manifestation de volonté de l'adoptant ; 2° une initiation religieuse devant les membres de l'association religieuse de l'adoptant, 3° l'intervention de l'association politique immédiate [3]. Toutefois ces différentes formalités, bien qu'assez généralement observées, ne doivent point être considérées comme essentielles à l'adoption. Isée [1] les présente comme un usage propre à certaines familles et, si on les suivait en fait dans toute adoption, c'était principalement pour garantir cet acte contre les actions en nullité dont il aurait pu être l'objet, en l'entourant de l'adhésion de ceux qui, membres de la phratrie ou du dème de l'adoptant, auraient pu avoir intérêt à l'attaquer [4]. Si l'on admet, comme

(1) V. Bücheler et Zitelmann, *loc. cit.*, p. 161.

(2) Cf. en ce sens Guiraud, p. 107.

(3) On rencontre également dans la loi de Gortyne ces trois phases de l'adoption ; seulement elles n'ont pas lieu dans le même ordre qu'à Athènes. L'intervention du peuple y précède l'acte religieux devant l'hétérie (correspondant à la phratrie). La loi de Gortyne s'exprime ainsi : « L'adoption se fera dans l'agora en présence des citoyens assemblés, du haut de la pierre où l'on monte pour parler au peuple. L'adoptant donnera à sa confrérie la chair d'une victime et une mesure de vin » (X, 34-39). A Sparte, l'adoption avait lieu par devant les rois qui l'autorisaient ou la rejetaient en vertu de leur haute juridiction religieuse. Hérodote, VI, 57. Cf. O. Müller, *Die Dorier*, t. II, p. 97.

(4) *De Apoll. her.*, § 16 : ἔστι δ' αὐτοῖς νόμος ὁ αὐτός.

(5) Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77.

nous l'avons fait en exposant la preuve de la filiation légitime [1], que la légitimité de l'enfant avec les droits qu'elle comporte est entièrement indépendante de son inscription sur le registre de la phratrie, et que cette inscription a un caractère purement réglementaire et sert seulement *ad probationem*, on doit naturellement décider par analogie que l'existence d'une filiation adoptive ne dépend pas davantage de l'introduction de l'adopté dans la phratrie ; cette cérémonie aurait ainsi un caractère exclusivement religieux et servirait uniquement pour la preuve de l'adoption en cas de contestation, mais l'adoption serait parfaite par le seul concours des volontés, formellement exprimées, de l'adoptant et de l'adopté ou du représentant de ce dernier.

La première formalité de l'adoption a naturellement un caractère religieux [2]. Il faut avant tout, quand on adopte un enfant, l'initier au culte dont il doit être le continuateur et « l'introduire dans sa religion domestique [3] ». L'adoption commence, en conséquence, par une cérémonie religieuse analogue à celle qui marque la naissance du fils. Les enfants nouvellement venus au monde étaient, comme nous l'avons vu [4], présentés par leur père, ou par les personnes qui en avaient reçu la mission, aux phratores assemblés lors de la fête principale de l'association, à la suite de quoi ils étaient inscrits sur le registre de la phratrie et participaient désor-

(1) V. *supra*, t. I, p. 350 et s.

(2) On trouve dans la mythologie grecque un procédé d'adoption, commun du reste à beaucoup de peuples primitifs, celui par lequel Héra adopta Héraclès. Il est ainsi décrit par Diodore de Sicile, IV, 39 : τὴν Ἥραν ἀναβᾶσαν ἐπὶ κλίνην καὶ τὸν Ἡρακλέα προσλαβομένην πρὸς τὸ σῶμα διὰ τῶν ἐνδυμάτων ἀφεῖναι πρὸς τὴν γῆν, μιμουμένην τὴν ἀληθινὴν γένεσιν. Diodore ajoute que ces formes d'adoption sont encore pratiquées chez les Barbares. On les retrouve dans l'Europe chrétienne du XIe siècle ; c'est l'adoption *per pallium et indusium*, sous la chemise ou sous le manteau, qui est une image de la génération ou de l'accouchement. Cf. Viollet, *loc. cit.*, p. 482.

(3) Isée, *De Apollod. her.*, § 1 : ἐπὶ τὰ ἱερὰ ἄγειν. Cf. Cicéron, *Pro domo*, § 13 : *venire in sacra*. Tacite, *Hist.*, I, 15 : *in penates adsciscere*.

(4) V. *supra*, t. I, p. 343 et s.

mais à son culte. De semblables formalités se pratiquent pour l'adoption, ainsi qu'en témoignent les orateurs [1]. L'adoptant, qui ordinairement a déjà initié le futur adopté à l'administration de son patrimoine [2], présente, après un sacrifice commun, aux membres de la phratrie assemblée l'enfant qu'il veut adopter, en prêtant un serment déterminé par la loi. Les assistants votent sur l'adoption et, si le résultat du scrutin est favorable à l'adopté, celui-ci est inscrit comme fils de l'adoptant sur le registre de la phratrie.

Si l'on s'en rapporte au passage d'Isée qui est la principale source de notre matière [3], la présentation de l'adopté à la phratrie aurait lieu lors de la fête des Thargélies [4], et certains auteurs en ont conclu que la ratification de l'adoption par la phratrie ne peut avoir lieu qu'à cette époque [5]. Nous estimons néanmoins que la présentation de l'enfant adoptif a lieu, en principe, le troisième jour de la fête des Apaturies [6], fête principale des phratries et où l'on procédait à l'enregistrement des enfants nouveaux-nés [7]. Les formalités usitées pour la présentation des enfants adoptifs étant les mêmes que celles pratiquées pour les enfants issus du ma-

(1) V. notamment Isée, *De Apoll. her.*, §§ 15 à 17, où est indiquée la série des formalités de l'adoption entre-vifs. Cf. Isée, *De Men. her.*, § 14; Démosthène, *Adv. Macart.*, §§ 12 et 13.

(2) Ainsi dans son plaidoyer pour l'héritage d'Apollodore, §§ 14 et 15, Isée nous montre l'adoptant allant trouver sa sœur, obtenant d'elle son consentement à l'adoption de son neveu; puis il emmène celui-ci chez lui sans retard, et lui confie l'administration des biens qui devaient un jour lui revenir par l'effet de l'adoption. C'est seulement quand est venue la fête des Thargélies qu'Apollodore présente à la phratrie son fils adoptif.

(3) *De Apollod. her.*, § 15.

(4) Fête célébrée vers la fin de mars en l'honneur d'Apollon Delphinien. V. Schœmann-Galuski, t. II, p. 532.

(5) Meier et Schœmann, 1re éd., p. 437; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77.

(6) Cette fête tombait dans le mois de Pyanepsion, mais on ignore à quelle date. Schœmann-Galuski, t. II, p. 633.

(7) V. *supra*, t. I, p. 344.

riage, il y a tout lieu de supposer qu'elles doivent s'accomplir dans la même cérémonie. Par exception, la présentation des enfants adoptés peut avoir lieu à une autre époque s'il y a urgence à réaliser l'adoption. C'est ainsi qu'Apollodore qui, d'après le passage en question, paraissait très pressé d'assurer à Thrasyllos les droits d'enfant légitime, a pu présenter ce dernier à la phratrie lors de la fête des Thargélies [1].

Les phratores s'assemblent à leur centre de réunion habituel, le φράτριον, où s'élèvent des autels aux dieux communs des phratries, Zeus et Athéna, surnommés φράτριος et φρατρία, à qui l'on offre le sacrifice nommé μεῖον ou κουρεῖον, et consistant dans l'immolation sur l'autel de la phratrie d'un agneau ou d'une chèvre offerte par l'adoptant. Celui-ci conduit alors l'adopté vers l'autel [2], et là prête serment que l'adopté est né d'une citoyenne athénienne et en légitime mariage [3]. Les assistants, après avoir prêté serment de se

(1) Meier, *De gentil. attic.*, p. 15; Hermann-Thalheim, p. 79, note 3; Gilbert, I, p. 218; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 542; Schulin, p. 17; Ciccotti, p. 74.

(2) Le μεῖον est-il identique au κουρεῖον ? C'est là une question controversée. V. *supra*, t. I, p. 344, note 7. Dans tous les cas, on ne saurait, comme l'ont prétendu certains grammairiens, resteindre le mot μεῖον au sacrifice offert par le père naturel lors de la présentation à la phratrie du fils issu de son mariage, car les auteurs grecs parlent toujours à propos de ce sacrifice de la présentation des παῖδες ou des υἱοί sans distinguer entre les enfants issus du mariage et les enfants adoptifs. Harpocration, v° μεῖον ; Pollux, III, 52; Schol. Aristoph. *Ran.*, 811. Cf. Meier, *De gentil. attic.*, p. 15 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 542, note 165.

(3) Isée, *loc. cit.* : ἤγαγε μὲ ἐπὶ τοὺς βωμούς.

(4) ἦμην ἐξ ἀστῆς καὶ γεγονότα ὀρθῶς. Ce serment ne paraît point avoir été exigé dans toutes les phratries, ni dans toutes les *gentes*. V. *supra*, t. I, p. 345, note 2. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 543, note 166. *Contra :* Hermann-Thumser, p. 326, note 3. Il ne constitue point d'ailleurs, comme on pourrait le croire, une vaine formalité. On voit, en effet, dans le plaidoyer de Démosthène contre Nééra (§ 59), Phrastor, quand la maladie, l'isolement, et l'aversion pour ses parents le déterminent à adopter un enfant et à le présenter à sa *gens*, au moment où ses gennètes lui défèrent le serment, se refuser à le

prononcer conformément aux lois [1], votent ensuite sur l'adoption à l'autel pendant que le feu consume les offrandes et, en cas de vote favorable à l'adopté [2], celui-ci est inscrit sur le registre de la phratrie, κοινὸν ou φρατρικὸν γραμματεῖον [3]. Cette inscription a lieu sous le nom de l'adopté auquel on ajoute seulement celui de son père adoptif. Ainsi, dans l'adoption de Thrasyllos par Apollodore, celui-là est inscrit sous le nom Θράσυλλος Ἀπολλοδώρου [4].

L'inscription sur le registre de la phratrie, qui est d'ordre purement réglementaire, est requise par l'adoptant, mais il ne paraît point qu'elle doive avoir lieu de son vivant, à peine de nullité. Ainsi, dans le plaidoyer d'Isée pour Apollodore, la validité de l'adoption était contestée par le motif que l'inscription sur le registre n'avait eu lieu qu'après la mort de l'adoptant, et le demandeur en nullité

prêter, en préférant ne pas affirmer faussement que cet enfant est né d'une Athénienne en légitime mariage.

(1) Démosthène, *C. Macart.*, § 14. Le vote devait avoir lieu au scrutin secret. Schulin, p. 18.

(2) Ils déclarent que l'adopté est entré bien et dûment comme fils adoptif dans la maison de l'adoptant. Démosthène, *loc. cit.*

(3) Le rôle des phratores est ainsi analogue à celui des pontifes dans l'adrogation romaine, mais sans avoir la même importance.

(4) Schœmann observe toutefois à ce sujet : « Dubium est utrum Thrasyllus jam antea vocatus sit, an nunc demum illud nomen a patre scilicet Apollodori indictum, acceperit. Licitam enim talem nominis mutationem fuisse constat » (Sur Isée, § 17). On lit, en effet, dans le premier plaidoyer de Démosthène contre Bœotos (§ 39) que « la loi confère aux parents le pouvoir non seulement d'imposer le nom au moment de la naissance, mais encore de le faire disparaître ensuite en portant le changement à la connaissance des intéressés. » Il paraît assez vraisemblable que cette loi ait été également applicable au père adoptif et qu'il ait eu le droit de donner le nom qui lui plaisait à l'enfant adopté. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 543; Van den Es, p. 96. Nous estimons néanmoins qu'en principe, l'adoption n'entraîne pas un changement complet de nom et que l'adopté ajoute seulement à son nom d'origine celui du père adoptif. Cf. Keil, *Rhein. Museum*, N. F., t. XX, p. 539; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 543, note 167; Ciccotti, p. 75. C'est ainsi qu'en droit romain, l'adrogé, tout en prenant le nom de l'adoptant, pouvait garder son *cognomen* ou se composer avec le *nomen gentilitium* perdu un *cognomen* nouveau qui en conservait le souvenir.

soutenait que l'adoptant avait volontairement laissé l'adoption imparfaite. Mais il ne semble pas qu'il se soit prévalu du défaut d'inscription du vivant de l'adoptant comme entraînant nullité de plein droit. Rien ne s'opposait donc à la validité de l'adoption si, comme dans le cas de Thrasyllos, la mort de l'adoptant avait suivi de près la présentation à la phratrie et s'il n'y avait qu'une négligence imputable au secrétaire de la phratrie, rien ne faisant présumer la volonté de l'adoptant de ne pas consommer l'adoption [1]. Que l'inscription sur le κοινὸν γραμματεῖον n'ait point été essentielle à la validité de l'adoption, c'est ce que l'on peut induire en outre du plaidoyer de Démosthène contre Macartatos [2], où l'orateur, rappelant l'adoption de son client, ne raconte, avec de nombreux détails du reste, que l'acte religieux, la présentation à la phratrie, semblant ainsi considérer cet acte comme le seul nécessaire. [3].

L'introduction de l'adopté dans la religion domestique de l'adoptant ne se manifeste point seulement par la cérémonie dont nous venons de parler et qui se passe devant la phratrie. Il doit y avoir aussi une initiation plus intime, plus restreinte de l'adopté au culte de l'une des subdivisions dont se compose la phratrie, c'est-à-dire du γένος de l'adoptant, *gens* qui, outre le culte commun des dieux de la phratrie, honore spécialement telle ou telle divinité, a ses lieux de réunion propres et son registre spécial [4]. Aussi Isée, dans ses plaidoyers relatifs aux adoptions, parle-t-il de l'initiation

(1) Dans le plaidoyer d'Isée pour la succession de Ménéclès on voit, au contraire, que Ménéclès, après avoir présenté son fils adoptif aux phratores, l'avait fait inscrire sur les registres de la phratrie et du dème et avait survécu vingt-trois ans à cet acte.

(2) §§ 13 et 14.

(3) Cf. en ce sens : Blanchard, *Sur les adoptions à Athènes*, *Rec. de l'Acad. des Inscrip.*, t. XII, p. 71; Robiou, p. 62; Van den Es, p. 94. — A plus forte raison doit-on se prononcer en ce sens, si l'on admet que la validité de l'adoption est indépendante de toute introduction dans la phratrie.

(4) V. *supra*, t. I, p. 12.

religieuse dans la *gens* aussi bien que dans la phratrie [1]. Il signale également l'inscription de l'adopté sur le registre de la *gens* ainsi que sur celui de la phratrie [2]. Il mentionne même, dans un autre plaidoyer [3], l'inscription sur le registre des orgéons à côté de celle sur le registre du dème. Mais ce n'est point là une formalité distincte de celle de l'inscription sur le registre du γένος, soit que l'on admette, comme certains grammairiens semblent le faire, la parfaite synonimie des mots ὀργεῶνες et γεννῆται, soit que l'on considère l'association religieuse des orgéons comme semblable à celle des gennètes, avec cette seule différence qu'elle aurait été formée entre les citoyens de fraîche date à qui était fermé l'accès des *gentes* d'origine purement attique [4]. Au surplus, il semble que ce que nous avons dit concernant le rôle des thiases à propos de l'introduction des enfants légitimes dans la phratrie soit également applicable en cas d'adoption [5].

L'inscription sur les registres de la *gens* et de la phratrie est suivie [6] de l'inscription sur le registre du dème (ληξιαρχικὸν γραμματεῖον) destinée à régulariser les droits et les devoirs civiques résultant pour l'adopté de sa nouvelle situation de famille. Cette inscription a lieu ordinairement à l'époque où le dème procède à l'élection de ses magistrats ἐν ἀρχαιρεσίαις [7].

(1) *De Apollod. her.*, § 15 : ἤγαγε με ἐπὶ τοὺς βωμοὺς εἰς τοὺς γεννήτας τε καὶ φράτορας.

(2) *De Apollod. her.*, § 13 : καὶ εἰς τοὺς γεννήτας καὶ εἰς τοὺς φράτορας ἐνέγραψε. Cf. § 27 : καὶ ἐγγεγραφὼς εἰς τοὺς συγγενεῖς καὶ φράτορας. Les συγγενεῖς dont il est question au § 27 sont les mêmes que les γεννῆται du § 13. V. *supra*, t. I, p. 22.

(3) *De Men. her.*, § 14 : εἰσάγει με εἰς τοὺς φράτορας.... καὶ εἰς τοὺς δημότας με ἐγγράφει καὶ εἰς τοὺς ὀργεῶνας.

(4) Cf. Schœmann, *Opusc. acad.*, I, p. 183 et s.; Schœmann-Galuski, I, p. 417; Gilbert, I, p. 175, note 7; Caillemer, *Contrat de société*, p. 41 ; Philippi, *Beitræge*, p. 197 et s. V. *supra*, t. I, p. 11.

(5) Hermann-Thumser, p. 330.

(6) Que l'inscription au dème ait dû suivre et non précéder l'inscription à la phratrie c'est ce qui résulte avec évidence du plaidoyer de Démosthène contre Léocharès, §§ 41 et 44. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 541, note 163.

(7) Isée, *De Apollod. her.*, §§ 27 et 28. Démosthène, *C. Leochar.*, § 35. — Cf.

Les démotes émettent leur avis [1] sur la légitimité de l'adoption, et c'est seulement lorsque le résultat du scrutin est favorable à l'adopté que l'inscription est effectuée. Il y a lieu de croire que l'on ne procédait à aucune cérémonie religieuse dans l'assemblée du dème où l'on votait ainsi sur l'inscription. Celle-ci n'avait probablement lieu que sur le serment du requérant que l'adoption réunissait toutes les conditions exigées pour sa validité [2], et il semble que les démotes aient eu toute liberté pour l'autoriser ou la refuser. Ce n'était point d'ailleurs quelquefois sans d'assez grandes difficultés que l'adoptant ou l'adopté pouvaient obtenir des démotes l'inscription qui venait ainsi compléter l'adoption au point de vue civique, et les orateurs athéniens nous montrent les sollicitations auxquelles étaient en but les membres de l'assemblée et même toutes les intrigues que l'on mettait en œuvre pour obtenir d'eux un avis favorable à l'inscription sur le registre du dème [3]. Les formalités de l'adoption, qui sont ainsi terminées par l'inscription de l'adopté sur le registre civique, ne rappellent donc en rien les

sur la date de l'inscription des adoptés : Bœckh, *De ephebia attica*, I, p. 7 ; Gilbert, I, p. 218 ; Lipsius, *in Jahrb. f. class. Phil.*, 1878, p. 299 et s. ; Philippi, *in Rhein. Museum*, XXXIV, p. 610 ; Schulin, p. 18.

(1) Au scrutin secret, comme les phratores, après avoir prêté serment de se prononcer conformément aux lois. Schulin, p. 19.

(2) B. W. Leist, p. 733.

(3) C'est ainsi que, pour l'adoption de Thrasyllos par Apollodore, celui-ci sachant, d'une part, que son fils absent ne sera pas de retour à l'époque où se réunira l'assemblée du dème, étant, d'autre part, âgé lui-même et craignant qu'un malheur ne survienne, va trouver les démotes, leur dit qu'il adopte Thrasyllos, qu'il l'a présenté à la *gens* et à la phratrie et qu'il lui a donné toute sa fortune, et il leur demande, s'il venait à mourir avant la tenue de l'assemblée, de l'inscrire sous le nom de Thrasyllos fils d'Apollodore. Peu de temps après, en effet, il mourut, et l'assemblée se réunit (Isée, *De Apollod. her.*, §§ 27 et s.). L'exemple de Léostratos montre, en outre, qu'il ne suffisait point quelquefois, comme l'avait fait Apollodore, d'aller trouver les démotes, mais qu'il fallait de plus s'entendre avec quelques-uns d'entre eux, intriguer avec le démarque et recourir à des moyens plus ou moins loyaux pour vaincre la résistance des opposants. Démosthène, *C. Leoch.*, §§ 37 et s. Cf. Haussoulier, *Vie municipale*, p. 25 et s.

formes de l'*adoptio* proprement dite à Rome, et cela se comprend, puisque le but de l'adoption à Athènes n'est point l'établissement de la puissance paternelle de l'adoptant sur l'adopté.

Quelle est précisément la portée de cette intervention du dème, et de l'inscription de l'adoption sur le registre civique? Schulin [1], au lieu de voir dans l'acte religieux accompli au sein de la phratrie la formalité essentielle de l'adoption, estime que celle-ci ne se parfait que dans l'assemblée du dème. Suivant lui, cette assemblée intervient pour confirmer l'adoption ; les démotes rendent à cette occasion un véritable jugement, et il n'y a pas de recours possible contre leur décision, si elle est défavorable à l'adopté. Il y aurait alors dans ce système une analogie remarquable entre l'εἰσποίησις athénienne et l'adrogation romaine, en ce sens que dans l'une comme dans l'autre le dernier mot aurait appartenu au peuple, avec cette différence toutefois qu'à Athènes, une fraction du peuple seulement, le δῆμος, serait intervenue dans l'adoption, tandis qu'à Rome, à l'origine du moins, le peuple tout entier aurait été appelé à statuer dans ses comices par curie.

Cette théorie ne nous paraît pas exacte. L'admission de l'adopté dans l'association civile du dème ne lui procure, selon nous, qu'un avantage, c'est que si cette admission, de même que l'introduction dans la phratrie, se sont passées régulièrement, le témoignage des phratores et des démotes sera très précieux lorsqu'il s'agira plus tard pour les tribunaux de statuer sur la validité de l'adoption, car nous ne croyons point que la décision des démotes constitue un véritable jugement. C'est un acte de nature purement administrative dont la nécessité ne se fait sentir que pour fixer

(1) P. 18.

(2) Nous nous plaçons ici dans l'opinion générale qui admet l'introduction de la femme dans la phratrie du mari, mais nous avons vu que cette théorie est fort contestable. V. *supra*, t. I, p. 147.

d'une façon certaine les rapports de l'adopté avec la nouvelle association civique dont il fait partie désormais. Mais cette inscription ne préjudicie en rien au droit des parties intéressées de mettre plus tard en question la validité de l'adoption lorsque, par exemple, s'ouvrira la succession de l'adoptant [1]. D'autre part, à Athènes, à la différence de ce qui avait lieu à Rome pour l'adoption des personnes *alieni juris*, la réalisation de l'adoption ne suppose nullement l'intervention du magistrat. On a voulu trouver dans un texte d'Isée un cas d'adoption devant l'archonte [2]. Mais ce texte ne se réfère nullement à l'hypothèse d'une adoption. Il suppose simplement un individu qui se présente devant l'archonte avec un enfant dont il prétend être le tuteur et au nom de qui il veut exercer une action en pétition d'hérédité [3].

C. — *Adoption testamentaire.*

Si l'on ne voulait point donner d'effet à l'adoption de son vivant, on pouvait la faire sous forme de disposition testamentaire. Il existe, dans le droit attique, entre le testament et l'adoption un lien étroit qu'on ne retrouve à un tel degré dans aucune autre législation. Il est probable que le testament, quand il eut été autorisé par Solon, dut se faire sous forme d'adoption, ainsi que c'était la règle dans plusieurs

(1) Cf. en ce sens : B. W. Leist, p. 730, 733. Suivant Ciccotti (p. 74), la théorie de Leist serait bien exacte dans la première période du droit attique, alors que l'organisation de l'Etat reposait sur les phratries. Mais plus tard, quand les fractions politiques de l'Etat furent les dèmes et non plus les phratries, les dèmes durent prendre une part importante à l'acte d'adoption, car ils avaient le devoir d'empêcher l'introduction des étrangers dans la cité.

(2) *De Nicostr. her.*, § 8 : Ἀμεινιάδης δὲ υἱὸν αὐτῷ πρὸς τὸν ἄρχοντα ἧκεν ἄγων. Cf. Meier, *De ord. jud.*, 14.

(3) V. *infra*, liv. I, tit. III, ch. III, sect. I. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 273 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 51, note 26.

autres Etats grecs [1]. Il est certain, comme nous le verrons, que celui qui laissait un fils légitime ne pouvait ni instituer un héritier par testament, ni effectuer une adoption; il pouvait seulement faire des legs et même dans une assez forte proportion. Quant à celui qui, n'ayant pas d'enfant légitime [2], avait toute liberté pour adopter, pouvait-il transmettre son patrimoine à un citoyen sans l'adopter? La question n'est pas sans intérêt, car on ne pouvait pas adopter indistinctement tout le monde, ni même tout citoyen et il fallait, d'autre part, quand l'adopté était mineur, le consentement de son père naturel. On pouvait donc se trouver dans l'impossibilité d'adopter celui à qui l'on voulait transmettre son patrimoine. Mais il nous semble qu'alors l'institution d'héritier était également impossible. Un texte d'Isée [3] présente, en effet, l'adoption et l'institution d'héritier comme inséparables et en quelque sorte identiques, et d'autres plaidoyers soit du même orateur, soit de Démosthène nous montrent des adoptions qui sont de véritables testaments. Comme le dit Robiou : « Les principes du droit attique, les doctrines et les coutumes dont il découlait si directement, la foi à la religion domestique induisent à penser que jamais le législateur n'avait cru qu'il fût seulement possible de poser la question. L'abandon de son patrimoine à une famille

(1) Cf. Isocrate, *Ægin.*, § 13. Dans un passage d'Aristote relatif au droit de Thèbes, les deux idées d'adoption et de testament sont également associées : Philolaos, dit-il, législateur des Thébains, fit surtout des lois relatives à l'adoption, lois que les Thébains appellent lois testamentaires (*Politique*, II, 9, 7).

(2) En n'autorisant le testament que dans le cas où il n'y avait point d'enfants, Solon montre bien qu'il ne voyait dans cet acte qu'un moyen factice de se donner un fils quand on n'en avait pas reçu de la nature. Guiraud, p. 107.

(3) *De Arist. her.*, § 9 : « Vous savez tous, je pense, dit l'orateur, que l'introduction des enfants adoptifs se fait par testament, lorsqu'on donne ses biens et qu'on se crée un fils, et qu'elle n'est pas permise autrement. Si donc quelqu'un prétend qu'Aristarque a disposé de ses biens par testament, il ne dit point la vérité. Ayant en effet un fils légitime, Démocharès, il n'aurait pas voulu agir ainsi et il ne lui était pas possible de donner sa fortune à un autre. »

étrangère sans la faire entrer dans la sienne, c'eût été la renonciation à toujours pour soi-même et pour ses ancêtres aux libations funèbres qui devaient à la fois les honorer comme des dieux et les nourrir comme des hommes, c'eût été le plus sacrilège des parricides, et si le vieux législateur d'Athènes a cru impossible le parricide matériel, ni lui ni aucun de ses contemporains n'avaient sans doute jamais prévu celui-là » [1]. L'institution d'un fils adoptif par testament correspondait ainsi dans le droit attique à l'institution d'héritier du droit romain [2].

Toutefois, ainsi que nous le démontrerons en étudiant les règles des testaments, le droit attique, se dégageant peu à peu des idées religieuses qui l'avaient si profondément pénétré, finit par admettre la possibilité d'un acte de dernière volonté n'impliquant aucune idée d'adoption et ayant uniquement pour objet d'assurer la transmission de tout ou partie des biens du testateur à des personnes de son choix.

Ce que nous venons de dire sur l'étroite relation du testament et de l'adoption se justifie encore par la terminologie usitée en ces deux matières. C'est ainsi que les mots ποιητός et θετός sont pris indifféremment dans le sens d'héritier aussi bien que dans celui de fils adoptif. De même les expressions διατίθεσθαι (tester) et εἰσποιεῖσθαι (adopter) sont synonimes. Enfin le mot ἄπαις s'applique aussi bien à celui qui est mort *intestat* qu'à celui qui meurt sans enfants [3] [4].

L'adoption par voie de testament permet à l'adoptant de tenir secrètes ses dispositions et d'éviter ainsi les inimitiés

(1) P. 67, 68.

(2) Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches*, p. 136. Gide admet également que, dans le droit grec, toute institution d'héritier revêtait nécessairement la forme d'une adoption.

(3) V. Pollux, III, 21 ; Isée, *De Philoct. her.*, §§ 1-6, 52 ; *De Arist. her.*, § 9 Démosthène, *In Steph.*, II, § 24.

(4) Des règles analogues à celles du droit attique relativement à l'adoption testamentaire se rencontrent dans l'ancien droit germanique. V. Dareste, *Journ. des Savants*, 1883, p. 586 ; Viollet, *loc. cit.*, p. 483 et 862.

que pouvaient soulever ordinairement chez ses parents l'introduction d'un étranger dans la famille. Elle permet aussi de réaliser l'adoption plus facilement, car les formalités requises pour l'adoption entre-vifs ne pouvaient s'accomplir à toute époque de l'année et demandaient un certain temps. Par contre, la situation de l'adopté est moins sûre et moins avantageuse dans le cas d'adoption testamentaire que dans celui d'adoption entre-vifs. D'abord, en effet, l'adoptant peut révoquer son testament et anéantir ainsi l'adoption. D'autre part, l'adopté par acte de dernière volonté est, au point de vue de la saisine de la succession, dans une situation inférieure à l'adopté entre-vifs, qui est assimilé à un enfant légitime [1].

Comme l'adoption entre-vifs, l'adoption testamentaire se nomme ordinairement εἰσποίησις [2]. Cependant, en réalité, la seconde ne constitue pas une véritable εἰσποίησις : elle n'en est que le fondement [3]. On ne pourrait considérer l'adoption comme parfaite par le testament même que dans la théorie de certains auteurs qui voient dans le testament grec un συμβόλαιον, une sorte de contrat [4]. Mais cette théorie est fort contestable, et elle semble contredite notamment par ce fait que l'adopté par testament n'a point la saisine de la succession de l'adoptant, mais doit recourir à l'ἐπιδικασία [5].

L'adoption se confondant presque, comme nous l'avons vu, avec le testament, nous n'avons pas à exposer ici les règles communes à ces deux institutions que nous nous réservons d'indiquer lorsque nous exposerons la théorie générale des testaments. Nous nous bornerons à mentionner celles dont les sources du droit attique parlent plutôt à propos de l'adoption que du testament.

(1) V. *infra*, liv. II, tit. VI, ch. I, Des successions.
(2) Cf. Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 1, 42, 56, 57, 60, 61, 68, 69, 75 et s.
(3) Cf. Schulin, p. 21.
(4) Cf. Bunsen, p. 53; Gans, I, p. 317.
(5) Schulin, p. 22.

Il en est une notamment, celle qui concerne la présence de témoins à l'acte d'adoption testamentaire. Il était d'usage d'appeler comme témoins de cet acte les parents et les proches, « ceux, dit Isée, à qui le testateur voulait, en prévision de l'avenir, laisser un continuateur de sa personne dans leur association civile et religieuse » [1]. Les témoins de cette catégorie devaient être appelés de préférence, et Isée dit que jamais un citoyen n'aurait osé en appeler d'autres. Néanmoins, dans un autre passage du même plaidoyer [2], l'orateur nous apprend que la prudence commande au testateur adoptant de convoquer non seulement ses proches, mais aussi les membres de sa phatrie et de son dème, et enfin ses autres amis en aussi grand nombre que possible. Au surplus, la présence des témoins n'est point une formalité de rigueur et le testament fait sans l'assistance d'aucun membre de la famille n'est point pour cela entaché de nullité ; il a seulement plus de chances d'être attaqué et rescindé [3].

En cas d'adoption testamentaire comme au cas d'adoption entre-vifs, il y a lieu à inscription sur les registres de la phratrie et du dème. Seulement l'inscription est requise non par l'adoptant, mais par l'adopté lui-même s'il est majeur ou, s'il est mineur, par son kyrios [4], sur le fondement du testament [5].

(1) *De Astyph. her.*, § 13 : καὶ ἱερῶν καὶ ὁσίων κοινωνοὺς, littéralement participant aux choses sacrées et aux choses saintes. Caillemer (*Annuaire*, 1875, p. 174) entend ce passage de la double association à la phratrie, qui était principalement une société civile, et au dème, qui était avant tout une société civile. La distinction des choses sacrées et des choses saintes peut également se référer à la distinction du culte public et du culte domestique. Robiou, *loc. cit.*, p. 60, note 6.

(2) *De Astyph. her.*, § 8.

(3) Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77. V. *infra*, liv. II, tit. VI, ch. I, sect. III, Des testaments.

(4) Demosthène, *Adv. Macart.*, § 11 ; *Adv. Leoch.*, § 35. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 543 ; Van den Es, p. 95, 96.

(5) Schulin, p. 21. Suivant de Pastoret, *Hist. de la léjisl.*, t. VI, p. 429, on

D. — *Adoption posthume* [1].

L'adoption est, à Athènes, tellement entrée dans les mœurs et favorisée par la loi, qu'elle peut avoir lieu même après la mort du père adoptif. Lorsque celui-ci est mort sans laisser de postérité ni de testament, le parent le plus proche suivant les règles de l'ἀγχιστεία a le droit et même le devoir [2] de donner par une adoption posthume un de ses enfants pour fils adoptif au défunt, afin d'assurer la continuation du culte domestique de ce dernier. Les plaidoyers des orateurs nous signalent plusieurs exemples d'adoption de ce genre [3]. Il est toutefois assez difficile de poser des règles certaines pour les adoptions posthumes, car la matière était régie plutôt par les idées religieuses et par les mœurs que par des textes précis. En présence du laconisme de la loi, les juges saisis des difficultés soulevées par ces sortes d'adoptions avaient une grande liberté de décision [4]. Ils devaient, du reste, malgré la faveur des adoptions, être d'autant plus portés à annuler les adoptions posthumes que celles-ci n'étaient souvent qu'un moyen employé pour éluder les règles du droit athénien sur la dévolution des successions [5].

L'adoption posthume s'opère, comme l'adoption ordinaire,

aurait quelquefois confirmé par testament une adoption déjà faite entre-vifs. Mais le passage d'Isée (*De Astyph. her.*, § 34) sur lequel il se fonde, ne parle nullement d'une confirmation par testament, mais bien d'une adoption testamentaire.

(1) *Suppositivadoption*, suivant l'expression de B. W. Leist, p. 716, note 8.

(2) C'était un devoir commandé par la religion. Hermann-Thalheim, p. 79, note 3; Gans, *loc. cit.* Cf. Isée, *De Apollod. her.*, § 31.

(3) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 12; *Adv. Leoch.*, § 43; Isée, *De Apollod. her.*, § 31; *De Hagn. her.*, § 49. Cf. Platon, *Leg.*, IX, 14, p. 878.

(4) Cf. Dareste, *Plaidoyers civils*, t. II, p. 60.

(5) V. notamment le plaidoyer de Démosthène contre Léocharès. Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 58; Haussoulier, *loc. cit.*, p. 25; Guiraud, p. 214.

par la présentation de l'adopté aux membres de la *gens* et de la phratrie [1] et se complète par son inscription sur le registre du dème [2]. Elle ne peut toutefois avoir lieu qu'après que le tribunal s'est prononcé sur le point de savoir à qui doit être attribuée la succession du *de cujus* [3].

Dans le cas où le *de cujus* était décédé sans laisser de continuateur de sa personne, l'archonte éponyme, en vertu de l'obligation générale que lui imposait la loi de « prendre soin des maisons désertes », était tenu de veiller à l'exécution de la loi sur les adoptions posthumes par les parents négligents ou récalcitrants [4].

La théorie de l'adoption posthume a été dans ces derniers temps vivement critiquée par Schulin [5]. D'après cet auteur, le plaidoyer de Démosthène contre Léocharès, qui est principalement cité à l'appui de cette théorie, n'est rien moins que décisif. Léocratès aurait été, en effet, adopté par Archiadès du vivant de celui-ci, comme cela résulterait notamment du § 46 où les faits de la cause sont ainsi exposés : ὁ γὰρ 'Αρχιάδης ἐκεῖνος οὗ ἐστιν ὁ κλῆρος, ἐποιήσατο υἱὸν τὸν τοῦ διαμεμαρτυρηκότος νυνὶ πάππον, c'est-à-dire Léocratès. C'est également ce que signifieraient les mots suivants du § 19 : ὡς ὑπ' ἐκείνου ζῶντος ἔτι εἰσποιηθείς. Schulin voit aussi la preuve de l'impossibilité d'une adoption posthume dans cette phrase du § 34 que « les enfants adoptifs ne se créent pas eux-mêmes, mais sont créés par les adoptants, οἱ εἰσποιητοὶ οὐκ αὐτοὶ ὑφ' αὑτῶν, ἀλλ' ὑπὸ τῶν εἰσποιουμένων καθίστανται. » Le plaidoyer contre Macartatos ne prouve pas davantage, selon Schulin, l'existence d'une adoption posthume. Eubulide l'ancien aurait, ainsi que cela résulte des §§ 12 et

(1) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 14.

(2) Hermann-Thalheim, p. 79, note 5; Dareste, *loc. cit.*, t. I, p. XXVIII.

(3) Démosthène, *Adv. Leoch.*, § 43. Cf. Hermann-Thalheim, *loc. cit.*

(4) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 75; Isée, *De Apollod. her.*, § 30. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 543, 544 ; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77.

(5) P. 22 et s.

13, procédé à une véritable adoption du jeune Eubulide, sinon par testament véritable, du moins par disposition de dernière volonté.

Cette interprétation des textes nous paraît arbitraire. Tout d'abord, dans le plaidoyer contre Léocharès, il semble bien qu'il n'y ait eu aucune adoption préalable de Léocratès par Archiadès. Ainsi il est dit, au § 19, de Léocratès : εἰσποιεῖ αὑτὸν υἱὸν τῷ 'Αρχιάδῃ, καὶ ἐνεβάτευσεν οὕτως εἰς τὴν οὐσίαν ὡς ὑπ' ἐκείνου ζῶντος ἔτι εἰσποιηθείς, c'est-à-dire que Léocratès « se constitue lui-même fils adoptif d'Archiadès et prend à ce titre possession du patrimoine, *comme si Archiadès l'eût réellement adopté de son vivant* ». Un peu plus loin, au § 20, l'orateur dit également de Léocratès : εἶχε τὴν τοῦ 'Αρχιάδου οὐσίαν καὶ ἐκληρονόμει πολλὰ ἔτη ὡς ἂν ἐκείνου υἱὸς ποιητός, c'est-à-dire que Léocratès « posséda le patrimoine d'Archiadès et s'en porta héritier pendant plusieurs années, *comme s'il eût été fils adoptif de ce dernier* ». C'est grâce à ce procédé, toléré d'abord par son adversaire Médylidès, que Léocratès *devient* fils adoptif d'Archiadès, Λεωκράτης ὁ εἰσποιητὸς γενόμενος τῷ 'Αρχιάδῃ. C'est donc qu'il n'y avait pas eu d'adoption antérieure par Archiadès. Quant à la phrase invoquée par Schulin et d'après laquelle les enfants adoptifs ne peuvent se créer eux-mêmes, elle ne nous paraît nullement avoir la portée que cet auteur lui prête, et il ne faut point non plus oublier qu'elle se trouve dans la bouche de l'adversaire de Léocharès, qui demandait la nullité de l'adoption. Nous ne trouvons rien, d'autre part, dans le plaidoyer contre Macartatos, qui laisse supposer l'existence d'une adoption antérieure par Eubulide l'ancien. Nous y voyons, au contraire, que c'est pour se conformer à l'intention manifestée par Eubulide l'ancien, mais non réalisée par lui, que Sosithée procède à l'adoption posthume d'Eubulide le jeune. La possibilité d'une adoption posthume qui, selon nous, résulte manifestement des plaidoyers de Démosthène et à qui il est également fait allusion

dans d'autres plaidoyers d'Isée, nous paraît d'autant moins contestable que Platon, lorsqu'il décrit le but et le mécanisme d'une pareille adoption dans son Traité des Lois [1], a dû certainement se référer à une institution qu'il avait vu se pratiquer à Athènes [2].

Quel que fût le mode d'adoption employé, des protestations pouvaient s'élever de la part des personnes intéressées à contester la validité de l'adoption, notamment, en cas d'adoption testamentaire ou posthume, de la part des parents qui auraient hérité à défaut d'adoption. Ces protestations se produisaient ordinairement lors de la présentation à la phratrie ou de l'inscription sur le registre civique. Dans le premier cas, l'opposant devait manifester son intention en enlevant l'offrande de l'autel, pour empêcher le sacrifice de s'accomplir [3]. Au surplus, que l'opposition se produisît dans l'assemblée de la phratrie ou dans celle du dème, elle était suspensive de l'inscription, et les phratriarques ou les démarques devaient attendre, pour y procéder, que les tribunaux eussent statué sur la difficulté [4]. En supposant, du reste, que l'inscription eût été effectuée sans opposition, elle n'avait point pour effet de rendre l'adoption irrévocable, et la validité de cet acte pouvait toujours être attaquée ultérieurement devant les tribunaux par ceux qui étaient intéressés à en écarter les effets [5]. Les tribunaux ordinaires étaient juges de ces contestations [6].

(1) IX, 14, p. 878.

(2) Cf. en ce sens : Hermann-Thalheim, p. 79, note 5; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 540; Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 24 et 58; Guiraud, p. 2 4; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77. V. *supra*, t. I, p. 467 sur l'adoption posthume du fils de l'épiclère.

(3) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 14; Isée, *De Philoct. her.*, § 22. L'opposant déclarait que l'adoption était illégale μὴ προσηκόντως εἰσήγετο ὁ παῖς οὑτοσί. Démosthène, *loc. cit.*

(4) Démosthène, *Adv. Leoch.*, § 37. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 544. Cf. Van den Es, p. 97 ; Schulin, p. 18.

(5) Cauvet, p. 163.

(6) Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77.

SECTION III

Conditions de capacité requises chez les parties

A. — *Conditions requises de l'adoptant.*

D'une manière générale, les conditions de capacité requises de l'adoptant sont, en principe, les mêmes que celles qui sont exigées pour les testaments, car l'adoption, qu'elle soit réalisée entre-vifs ou par voie testamentaire, n'est qu'une donation à cause de mort universelle ou à titre universel.

La condition essentielle exigée de l'adoptant, et qui tient au caractère religieux de l'adoption, tel que nous l'avons indiqué, c'est que l'adoptant n'ait pas d'enfants légitimes du sexe masculin. C'est la disposition formelle d'une loi de Solon que les orateurs citent fréquemment [1]. L'adoption, en effet, ayant sa principale raison d'être dans la nécessité de prévenir l'éxtinction du culte domestique, ne doit pas être permise quand la continuation de ce culte est assurée par l'existence d'un fils légitime [2].

(1) Démosthène, *In Steph.*, II, § 14 : τὰ ἑαυτοῦ διαθέσθαι εἶναι, ὅπως ἂν ἐθέλῃ, ἂν μὴ παῖδες ὦσι γνήσιοι ἄρρενες. *Adv. Lept.*, § 102 : ὁ μὲν Σόλων ἔθηκε νόμον ἐξεῖναι δοῦναι τὰ ἑαυτοῦ ᾧ ἂν τις βούληται, ἐὰν μὴ παῖδες ὦσι γνήσιοι. — Cf. Démosthène, *Adv. Leoch.*, § 49; Isée, *De Men. her.*, § 13 ; *De Philoct. her.*, §§ 6, 28 ; *De Arist. her.*, § 9; *De Pyrrhi her.*, § 68 ; Plutarque, *Vit. Sol.*, § 21 ; Platon, *Leg.*, IX, 7.

(2) La loi de Manou (IX, 168, 174) est également formelle en ce sens. De même, en droit romain, l'adrogation n'était pas permise à ceux qui avaient déjà des enfants légitimes par suite des *justæ nuptiæ* ou d'une adoption précédente. Le droit franc ne permet non plus l'adoption qu'à celui qui n'a pas d'enfants. Viollet, *loc. cit.*, p. 483. La loi de Gortyne (X, 48) ne paraît point exiger que les enfants légitimes de l'adoptant soient décédés ou consentent à l'adoption. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 162. Toutefois suivant Dareste, Haussoulier et

Si l'adoptant a des fils légitimes, il faut, pour que l'adoption soit possible, que ses fils aient cessé de faire partie de sa famille soit par l'effet d'une adoption faite à un autre Athénien, soit par suite de l'abdication de sa puissance paternelle. Tant, en effet, que les enfants légitimes restent dans la famille, ils ont sur la succession future de leur père un droit exclusif qui s'oppose à l'adoption d'un étranger. Mais ils perdent ce droit lorsqu'ils ont passé eux-mêmes dans une autre famille au moyen de l'adoption, car cet acte rompt, comme nous le verrons, tout lien existant entre l'adopté et son père naturel [1]. Les enfants légitimes peuvent, d'autre part, être retranchés de la famille et privés ainsi de tout droit de succession au moyen de l'acte d'abdication de la puissance paternelle qui est connue sous le nom d'ἀποκήρυξις [2]. Les deux cas exceptionnels que nous venons de signaler devaient, du reste, se présenter fort rarement, car chez les Grecs le désir de laisser un héritier dans sa famille était trop vif pour qu'on se dépouillât sans raisons bien graves, par une adoption ou une abdication, de l'héritier donné par la nature elle-même [3].

Nous ne pouvons guère d'ailleurs considérer comme une exception à la règle qui ne permettait l'adoption qu'à celui qui était ἄπαις, celle qui, d'après certains auteurs, aurait autorisé la légitimation d'un enfant naturel par voie d'adoption, alors même que l'adoptant avait déjà d'autres enfants légitimes [4].

Des textes invoqués pour résoudre la question assez délicate de la légitimation dans le droit attique, notamment d'un

Reinach (p. 183, note 3), il y a lieu de croire que la loi crétoise ne différait pas sur ce point de la loi athénienne et qu'elle ne permettait pas l'adoption en présence d'enfants vivants.

(1) Cf. Caillemer, *Droit de tester*, p. 28.

(2) V. *infra*, tit. III, ch. II, De la puissance paternelle.

(3) Caillemer, *loc. cit*, p. 31.

(4) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 531, note 140 et p. 544, 545.

passage d'Isée [1] on pourrait être tenté de conclure que, même dans le cas où l'adoptant a déjà des fils légitimes, l'adoption serait néanmoins permise du consentement de ces derniers [2]. Mais cette conclusion ne nous semble pas très sûre, car les textes qui interdisent l'adoption à celui qui a déjà des enfants légitimes sont absolus et ne paraissent comporter aucune distinction. L'adoption perd de plus, en pareil cas, sa principale raison d'être. Quant au texte d'Isée, il renferme, à notre avis, un cas de reconnaissance d'enfant légitime plutôt qu'un cas d'adoption [3]. Il serait d'enfin assez dangereux de vouloir argumenter d'un fait tout à fait exceptionnel et qui ne peut s'expliquer que par les circonstances de la cause, c'est-à-dire comme ayant un caractère transactionnel.

Au surplus, en supposant même l'existence d'enfants légitimes de l'adoptant, celui-ci peut, toujours dans le même but d'assurer la continuation de son culte domestique, faire par testament une adoption conditionnelle, subordonnée à la circonstance que les enfants mineurs qu'il laissera atteindront leur majorité. L'adoption sort alors son effet si ces enfants [4] viennent à mourir avant d'avoir atteint leur dix-huitième année et d'avoir pu eux-mêmes prévenir par un testament l'extinction du culte [5]. C'était la substitution pupil-

(1) *De Philoct. her.*, § 23.

(2) Cf. Schulin, p. 19.

(3) V. *supra*, t. I, p. 59 et s.

(4) Ce qui comprenait non seulement les fils légitimes du testateur, mais encore celui qu'il aurait pu adopter entre-vifs. Schulin, p. 15.

(5) Démosthène, *C. Steph.*, II, § 24 : τὸν νόμον ὃς κελεύει τὴν διαθήκην, ἣν ἂν παίδων ὄντων γνησίων ὁ πατὴρ διαθῆται, ἐὰν ἀποθάνωσι οἱ παῖδες πρὶν ἡβῆσαι, κυρίαν εἶναι. Le texte même de la loi se trouve ensuite rapporté en les termes suivants : ὅτι ἂν γνησίων ὄντων υἱῶν ὁ πατὴρ διαθῆναι, ἐὰν ἀποθάνωσιν οἱ υἱεῖς πρὶν ἐπὶ δίετες ἡβᾶν, τὴν τοῦ πατρὸς διαθήκην κυρίαν εἶναι. Il faut, avec Stroker, (p. 19) suppléer après le verbe διαθῆται le mot ἔσεσθαι et traduire alors ainsi : « Quiquid pater jam vivis filiis genuinis statuit, eo consilio, ut tum fieri oporteret, si filii ante pubertatem mortui essent, id ratum esto. » Isée donne un autre exemple de ce genre de substitution : *De Cleon her.*, § 4. On ne peut, en pré-

laire que la pratique romaine avait admise dans un but analogue, c'est-à-dire pour éviter que le patrimoine et les *sacra*, fussent transmis à des indifférents [1]. La substitution ainsi autorisée par le droit attique n'offre point d'ailleurs de grands inconvénients, car les biens de l'enfant mineur sont déjà presque inaliénables par le fait même de sa minorité et la substitution n'est point la cause de leur indisponibilité. D'un autre côté, comme l'impubère n'a point la capacité de tester, on ne peut pas dire que la volonté du père l'emporte sur celle du fils [2].

La présence d'une fille, à défaut de fils, n'est plus un obstacle à l'adoption, et le père peut adopter un étranger qui recueillera tous ses biens et continuera son culte domestique. Mais le père ne peut le faire qu'en imposant à l'adopté une condition assez singulière, à savoir qu'il épouse en même temps sa fille, soit que le testateur fasse en faveur de l'héritier le legs simultané de ses biens et de sa fille, comme les orateurs athéniens nous le montrent ordinairement, soit

sence de ces textes, attacher aucune importance, pour en induire l'impossibilité de ces adoptions conditionnelles, à un autre passage d'Isée (*De Arist. her.*, § 9), où il est dit que « l'introduction par testament des enfants adoptifs se fait en leur léguant le patrimoine et en les adoptant par testament et qu'elle n'est pas permise autrement, ἄλλως δὲ οὐκ ἔξεστιν. » Cf. Hermann-Thalheim, p. 81, note 4; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 545; Van den Es, p. 86; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 76; Caillemer, *Droit de tester*, p. 3. Platon, dans son *Traité des Lois* (XI, p. 923 e), reproduit sans la modifier la loi qui permet au père de faire d'avance le testament de son fils. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 119. Cet auteur (p. 120, note 1) voit un cas de substitution pupillaire dans le plaidoyer d'Isée sur la succession d'Hagnias, § 8. Mais il y a là plutôt, selon nous, un cas de substitution vulgaire. V. *infra*, liv. II, tit. VI, ch. I, sect. III, Des testaments.

(1) Peut-être la substitution pupillaire, qui a été introduite à Rome par la coutume, a-t-elle été empruntée au droit grec. Cicotti, p. 70.

(2) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 32. On ne peut donc dire que cette substitution soit contraire à la proposition d'Isocrate (*Ægin.*, § 43) que l'on doit tenir plus de compte de la volonté du dernier propriétaire des biens que de celle de ses prédécesseurs : ἐγὼ δ' ἡγοῦμαι μὲν οὐ περὶ τῶν πάλαι τεθνεώτων, ἀλλὰ περὶ τῶν ἔναγχος τὸν κλῆρον καταλιπόντων προσήκειν ἡμῖν τοὺς λόγους ποιεῖσθαι. Le dernier propriétaire, en effet, c'est-à-dire l'enfant décédé en minorité, ne peut légalement avoir de volonté.

qu'il ne lui lègue que ses biens [1]. Cette condition, si bizarre qu'elle paraisse, s'explique cependant très bien par les idées qui avaient cours alors parmi les races aryennes. La fille, n'étant pas apte à continuer la religion paternelle, ne peut être considérée que comme un intermédiaire par lequel la famille peut se perpétuer et propre à fournir un héritier posthume qui soit autant que possible du sang du défunt. Ce sont ces idées qui ont fait établir en Grèce les règles si originales concernant les filles épiclères [2].

Dans le cas qui nous occupe, l'adoption, bien que produisant des effets très étendus, ne met point cependant l'adopté dans la situation d'un enfant légitime issu du mariage ; elle lui procure plutôt la qualité de plus proche parent de la fille du testateur, avec le droit et l'obligation de l'épouser. Il y a lieu dès lors, en pareil cas, à une épidicasie de la fille du testateur par l'adopté, et cette revendication s'applique en même temps à la fille et à l'hérédité, car les deux sont inséparables [3]. On ne peut pas dire toutefois que la fille soit ici exactement dans la situation d'une épiclère et que le fils adoptif n'ait que les droits du plus proche parent à la suite d'une adjudication de l'épiclère. Il devient, en effet, comme nous le verrons, le véritable héritier du testateur, à

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 68 : ὁ γὰρ νόμος διαρρήδην λέγει ἐξεῖναι διαθέσθαι ὅπως ἂν ἐθέλῃ τις τὰ αὑτοῦ, ἐὰν μὴ παῖδας γνησίους καταλίπῃ ἄρρενας· ἂν δὲ θηλείας καταλίπῃ, σὺν ταύταις. § 42 : οὔτε γὰρ διαθέσθαι οὔτε δοῦναι οὐδενί οὐδὲν ἔξεστι τῶν ἑαυτοῦ ἄνευ τῶν θυγατέρων ἐάν τις καταλιπὼν γνησίας τελευτᾷ. Cf. *De Arist. her.*, § 13. Il est impossible, en présence de ces textes, de dire avec Meier et Schœmann (1re édit., p. 439) que les propositions énoncées au texte sont seulement « vraisemblables. » Elles sont, au contraire, absolument certaines.

(2) Cf. Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, vo *Epiclère*. V. *supra*, t. I, p. 398 et s. L'idée de faire de l'héritier institué un gendre obligé et posthume du défunt est donc aussi sage au fond qu'elle peut paraître étrange au premier abord. Boissonade, *loc. cit.*, p. 95.

(3) V. *supra*, t. I, p. 154. Dans un plaidoyer (*De Pyrrhi her.*, § 41), Isée dit formellement que l'adopté testamentaire considérerait comme illégitime la fille du testateur, s'il lui était permis de ἐπιδικάσασθαι τοῦ κλήρου ἄνευ τῆς γνησίας θυγατρός.

l'exclusion de la fille et il n'y a pas à appliquer ici les règles concernant la dévolution de la succession à l'épiclère et plus tard aux enfants mâles issus de son mariage [1].

Au surplus, l'adoption testamentaire par un père laissant des enfants étant conditionnelle, le refus par l'adopté d'épouser la fille du défunt ou la revendication par lui de l'héritage sans la fille ont pour effet de faire considérer le *de cujus* comme étant mort sans testament, de sorte que sa fille est alors adjugée au plus proche parent paternel [2]. L'hérédité est également dévolue ab intestat lorsque le testament ne dispose que des biens sans adjuger en même temps la fille à l'héritier institué [3]. Si donc le testament n'est pas régulier ou si, à supposer qu'il le soit, l'adopté ne revendique point simultanément la fille et l'héritage, le tiers intéressé peut opposer à sa demande d'envoi en possession la *διαμαρτυρία μὴ ἐπίδικον εἶναι τὸν κλῆρον*, et il y a lieu à *διαδικασία τοῦ κλήρου* [4].

Lorsque le père a plusieurs filles, il n'est pas tenu d'instituer autant d'héritiers qu'il peut avoir de filles. Il lui suffit d'en nommer un seul, et celui-ci épousera la fille désignée par le testateur, ou autrement pourra la choisir. Mais il sera tenu de constituer une dot aux autres sœurs [5], de même que le fils légitime, lorsqu'il recueille la succession

(1) Cf. Hruza, I, p. 120, note 3, qui explique d'une manière très plausible un texte d'Isée (*De Pyrrhi her.*, § 50) concernant notre question, tout en en reconnaissant la rédaction défectueuse.

(2) Isée nous dit, il est vrai, dans son plaidoyer pour l'héritage de Pyrrhus (§ 50), qu'on n'a jamais vu un fils adoptif assez sot pour ne pas épouser l'héritière du défunt.

(3) Hruza, I, p. 119.

(4) Hruza, I, p. 119. Cf. Caillemer, *Succession*, p. 155 et s.

(5) Démosthène, *In Spudiam*, § 3. Ainsi Polyeucte, ayant deux filles et pas d'enfant mâle, donne la plus jeune avec toute sa fortune à Léocratès, son fils adoptif, et il donne au contraire l'aînée à Démosthène avec une dot de 40 mines (représentant environ 16.000 fr. aujourd'hui). Cf. Schœmann, *Griech. alterth.*, t. I, 2e éd., p 361 ; Van den Es. p. 85 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 33 ; Boissonade, *loc. cit.* Caillemer observe qu'un usage analogue est constaté pour la Bretagne par l'article 4 de l'assise du comte Geoffroy en 1185. Cf. *Mémoires lus à la Sorbonne* en 1867, *Histoire*, p. 686.

paternelle à l'exclusion de ses sœurs, se trouve dans l'obligation de les doter [1].

Si l'héritier institué est déjà marié, il peut, pour remplir la condition du testament, qui est d'épouser la fille du testateur, répudier sa femme ou la donner à un autre citoyen, ainsi que cela se pratiquait fréquemment quand un citoyen déjà marié voulait épouser une fille épiclère dont il était le plus proche parent [2].

Outre la condition de ne pas avoir d'enfant légitime, un citoyen, pour pouvoir adopter, doit n'être pas lui-même un enfant adoptif [3]. Cette règle [4], qui est attribuée à Solon, est, suivant Démosthène, inspirée par ce motif que « l'adopté ne doit pas pouvoir disposer des biens dont il a été investi par une adoption comme de ceux qui lui appartiennent en propre [5]. Les volontés de l'adoptant pourraient, en effet, être méconnues si, par une autre adoption, l'adopté pouvait

(1) C'est là du moins l'opinion générale que nous avons combattue, *supra*, t. I, p. 268.

(2) Boissonade, *loc. cit.*, p. 55 C'est ainsi que Protomaque, qui était pauvre, appelé à recueillir une opulente succession avec la main d'une fille héritière, se défait de la mère d'Euxithée et persuade à son ami Thoucritos d'épouser la femme répudiée. Démosthène, *In Eubul.*, § 41.

(3) Démosthène, *C. Steph.* II, § 14 : ὅσοι μὴ ἐπεποίηντο... τὰ ἑαυτοῦ διαθέσθαι εἶναι, ὅπως ἂν ἐθέλῃ. *Adv. Leoch.*, § 68 : ὅσοι μὴ ἐπεποίηντο ὅτε Σόλων εἰσῄει εἰς τὴν ἀρχήν, ἐξεῖναι αὐτοῖς διαθέσθαι ὅπως ἂν ἐθέλωσιν. τοῖς δὲ ποιηθεῖσιν οὐκ ἐξὸν διαθέσθαι, ἀλλὰ ζῶντας ἐγκαταλιπόντας υἱὸν γνήσιον ἐπανιέναι, ἢ τελευτήσαντας ἀποδιδόναι τὴν κληρονομίαν τοῖς ἐξ ἀρχῆς οἰκείοις οὖσι τοῦ ποιησαμένου. Le dernier texte (*Adv. Leoch.*), interprété littéralement, conduirait à un résultat évidemment inadmissible. On pourrait, en effet, en conclure *a contrario* que ceux qui ont été adoptés après l'archontat de Solon auraient eu le droit de tester librement. Or, c'est tout le contraire qui est vrai. La phrase incidente ὅτε Σόλων.... doit donc être rejetée à la fin du texte. Cf. Schulin, p. 14.

(4) La même incapacité est-elle édictée par la loi de Gortyne ? On pourrait le croire, si l'on considère la disposition de cette loi (X, 6-10) d'après laquelle si l'adopté meurt sans enfants légitimes, les biens reviendront aux ayants-droit de l'adoptant. Toutefois, d'après Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 484), cette disposition ne fait pas absolument obstacle à ce qu'un fils adoptif procède lui-même à une autre adoption, seulement son propre fils adoptif ne pourra prétendre à la portion des biens qui proviennent du premier adoptant.

(5) Démosthène, *Adv. Leoch.*, § 67.

transmettre le patrimoine de l'adoptant à une personne que celui-ci n'avait nullement en vue. Il eût également été impolitique d'autoriser la perpétuation des familles en dehors du mariage par une série d'adoptions successives [1]. Nous reviendrons ultérieurement sur la portée de cette prohibition d'adopter pour les enfants adoptifs quand nous étudierons les effets de l'adoption.

Il nous faut toutefois examiner ici une difficulté provenant de l'obscurité de la loi de Solon précitée. Dans son second plaidoyer contre Stéphanos [2], Démosthène, lorsqu'il rapporte cette loi s'exprime ainsi : ὅσοι μὴ ἐπεποιήντο, ὥστε μήτε ἀπειπεῖν μήτ' ἐπιδικάσασθαι. Or le sens de ces derniers mots est loin d'apparaître à la première lecture et chaque commentateur a son explication [3].

Parmi les interprétations les plus récentes, celle de Van den Es [4] est ainsi formulée : « Quicumque non adoptati fuerant, iis sua; ita ut nec impedita sint, nec judicio in ea agatur cum

(1) Cf. Boissonade, *loc. cit.*, p. 58; Caillemer, *Droit de tester*, p. 24; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 76; Van den Es, p. 81; Ciccotti, p. 71.

(2) II, § 15.

(3) Voici les principales de ces explications, rapportées du reste par Van den Es, p. 82. J. Wolf traduit ainsi : « Quibus jus civitatis non ita datum est ut nec abrogari nec in controversiam vocari queat. » Petit : « Quicumque cives adscripti non sunt nemine controversiam illis faciente aut judicio experiente » (p. 579). Reiske estime que les mots ὥστε... ἐπιδικάσασθαι ont été ajoutés par l'orateur explicationis gratia et il les interprète ainsi : « Qua adoptione vel arrogatione amiserunt jus excludendi quos velint sua hereditate aut hereditatem virginemve heredem jure petendi. » Bunsen qui, au contraire, ne croit pas possible une telle interpolation de la part de l'orateur, traduit : « Quicumque adsciti non sint, ut neque excludere (cognatos) neque (eorum) sibi vindicare hereditatem possint » (p. 55). Platner : « Die nicht aufgenommene Bürger, d. h. die geborenen kœnnen frei über das ihrige verfügen, so dass ihnen weder verwehrt noch nach ihrem Tode von ihrem Verwandten eine Epidicasie angestellt werden kann. » (*Process*, II, p. 321). Gans : « Wer nicht aufgenommen ist, so dasz er weder seine Verwandten ausschlieszen, noch selbst *ab intestato* die Erbschaft fordern kann, der mag testiren » (p. 385). Schelling : « Quicumque adoptati non sunt, quod quidem si sunt, neque (cognatos familiæ e qua adoptati sunt) ab hereditate excludere, neque ullam hereditatem in judicio appetere possunt, iis licere testamento legare sua » (p. 128).

(4) P. 83. Elle est reproduite par Telfy, *Corp. jur. att.*, n° 1399.

Solon magistratum iniret, legare arbitrio licet ». Mais elle ne nous semble pas admissible.

Pour comprendre, à notre avis, le véritable sens du passage en question, dont l'obscurité ne peut, du reste, être niée, il faut d'abord partir de cette idée, dont nous démontrerons ultérieurement l'exactitude, que la loi de Solon vise seulement les enfants adoptifs et non les étrangers naturalisés et n'interdit qu'aux premiers la faculté d'adopter. Il faut, d'autre part, tenir compte de cette règle spéciale du droit athénien qui autorise l'adopté sous certaines conditions à renoncer à l'adoption pour retourner dans sa famille naturelle. Cela étant, la loi de Solon signifie d'abord que le droit de tester n'est refusé aux enfants adoptifs qu'autant qu'ils restent dans leur famille adoptive en qualité d'adoptés, mais qu'il revit à leur profit s'ils renoncent (ἀπειπεῖν) à l'adoption, comme nous venons de le dire. Quant aux mots ὥστε μήτ' ἐπιδικάσασθαι, ils signifieraient que les enfants adoptifs recouvrent le droit de tester si, faisant abstraction du droit qu'ils tiennent de l'adoption et en vertu duquel ils sont saisis *ipso jure* de la succession, ils revendiquent [1] la succession à un autre titre, en arguant de leur qualité de parent au degré le plus proche, ou se font adjuger [2] à ce titre la fille épiclère [3].

(1) Ἐπιδικάζεσθαι est l'expression employée par les orateurs pour désigner l'action en pétition d'hérédité. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 606.

(2) Le mot ἐπιδικάζεσθαι s'applique également à la revendication de la fille épiclère. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 616.

(3) Cf. en ce sens Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 307 note 3. — Une autre interprétation donnée par Schulin (p. 13) nous paraît également vraisemblable. Elle repose sur cette idée qu'il faut entendre le mot ἀπειπεῖν dans le sens de refuser (Cf. Polybe, XXIII, 9, § 13. δωρεὰν ἀπείπασθαι), ἐπιδικάσασθαι se référant, comme d'ailleurs on l'admet généralement, à la pétition d'hérédité devant l'archonte. Cela étant, le passage en question devrait se traduire ainsi : « Celui qui n'était pas adopté de telle sorte qu'au moment où Solon devint archonte, il n'était pas en situation de refuser ou de revendiquer, aura le droit de tester, comme il voudra, à moins qu'il n'ait des enfants légitimes. » La loi ne dit point quel est cet objet que l'on doit n'avoir pas été en situation de refuser ou de revendiquer ; mais il est facile de voir que c'est la succession d'un père adoptif. Suivant Schulin, la règle en question devait se rattacher à une autre disposition transitoire

Pour pouvoir adopter, il faut remplir de plus certaines conditions dérivant des principes généraux du droit. Ainsi, d'abord il faut être majeur [1], c'est-à-dire âgé de plus de dix-huit ans [2]. Le mineur, en effet, ne peut disposer valablement de ses biens, ni directement, ni indirectement par l'effet d'une adoption [3]. C'est pour la même raison que la femme ne peut ni tester, ni adopter : la loi ne lui permet de disposer que jusqu'à concurrence de la valeur d'un médimne de froment [4], ce qui revient à décréter son incapacité [5] [6].

d'après laquelle les enfants adoptés avant l'archontat de Solon auraient eu exceptionnellement, et en raison de la nouvelle réglementation des successions, le droit de refuser ultérieurement ou de conserver définitivement la succession déjà acquise du père adoptif. — Il y a encore une autre interprétation donnée par Hermann-Thalheim (p. 79, note 6) que nous aurons à indiquer en exposant les effets produits par l'adoption, notamment l'incapacité de tester qu'elle entraîne pour l'adopté. V. *infra*, p. 64, note 1. — Plus récemment enfin Stæcker (*De litis instrumentis quæ exstant in Demosthenis orat.*, p. 17), après avoir critiqué toutes les interprétations données avant lui et les jugeant toutes inadmissibles, en conclut que le texte de la loi sur lequel on a raisonné jusqu'à présent doit être altéré. Il propose, en conséquence, de substituer aux mots ὥστε ἀπειπεῖν κτλ. les mots οἷς ἦν ἀπειπεῖν, et il donne alors la traduction suivante : « Eis qui non sunt adoptati quibus (tamen) eo tempore, quo Solon magistratum iniit, nondum licuit quos velint hereditate sua excludere aut virginem heredem petere (nunc) esto potestas de bonis suis testamenti faciendi. » Mais cette explication, bien qu'assez rationnelle, a le grave défaut de reposer sur une correction tout à fait arbitraire du texte controversé.

(1) Isée, *De Arist. her.*, § 10 : παιδὸς γὰρ οὐκ ἔξεστι διαθήκην γενέσθαι· ὁ γὰρ νόμος διαρρήδην κωλύει παιδὶ μὴ ἐξεῖναι συμβάλλειν μηδὲ γυναικὶ πέρα μεδίμνου κριθῶν.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 544; Schulin, p. 10; Schœmann sur Isée, p. 439; Schulthess, p. 103; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 10. C'est à tort évidemment que Pastoret (*loc. cit.*, p. 428) enseigne qu'on ne pouvait adopter qu'à vingt ans.

(3) La loi de Gortyne (XI, 18-19) interdit également l'adoption aux impubères ainsi qu'aux femmes.

(4) Isée, *De Arist. her.*, § 10 précité *supra*, note 1.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 544; Van den Es, p. 88; Schulin, p. 11; Caillemer, *Droit de tester*, p. 23, 24; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 76. De même, en droit romain, l'adrogation fut interdite aux femmes jusqu'à Dioclétien.

(6) Les esclaves, qui n'ont pas de personnalité juridique, ne peuvent évidemment pas adopter. Pastoret, *loc. cit.*, p. 428.

Si l'adoptant doit être majeur, il n'est pas nécessaire qu'il ait un certain nombre d'années de plus que l'adopté, quatorze ans de plus, par exemple, comme on l'a prétendu [1]. Cette condition, qui est exigée dans le droit romain où l'on part de ce principe que l'adoption doit imiter la nature [2], n'a pas de raison d'être dans le droit athénien où l'adoption repose sur les considérations spéciales que nous avons précédemment exposées.

L'adoptant doit être sain d'esprit et avoir toute sa liberté. La loi de Solon est très explicite à cet égard [3], et les orateurs athéniens ont souvent occasion de la rappeler à cause des attaques fréquentes dirigées contre les adoptions testamentaires pour cause de captation [4]. On voit dans leurs discours nombre de plaideurs arguer de telle ou telle clause qui leur déplaît pour soutenir que l'auteur du testament n'était pas dans son bon sens et pour réclamer l'annulation de l'acte. Aussi quelquefois, et probablement pour prévenir les attaques des héritiers légitimes, l'acte affirme-t-il que le testateur se trouvait en pleine possession de lui-même au moment où il testait [5]. Peu importe que l'insanité d'esprit de l'adoptant ait pour cause le dérangement de ses

(1) Pastoret, *loc. cit.*, p. 428. Cf. Blanchard, *loc. cit.*, p. 71.

(2) Gaius, *Com.*, I, § 106.

(3) Démosthène, *In Steph.*, II, § 14 : ἂν μὴ μανιῶν ἢ γήρως ἢ φαρμάκων ἢ νόσου ἕνεκεν ἢ γυναικὶ πειθόμενος, ὑπὸ τούτων του παρανομῶν, ἢ ὑπ' ἀνάγκης ἢ ὑπὸ δεσμοῦ καταληφθεὶς. Hypéride, dans son plaidoyer contre Athénogène (col. VIII, l. 1 s.) dit également, à propos de la loi de Solon : κελεύει γὰρ ἐξεῖναι τὰ ἑαυτοῦ διατίθεσθαι ὡς ἂν τις βούληται, πλὴν ἢ γήρως ἕνεκεν ἢ νόσου ἢ μανιῶν ἢ γυναικὶ πειθόμενον ἢ ὑπὸ δεσμοῦ ἢ ὑπὸ τινος ἀνάγκης καταληφθέντα. Cf. Plutarque, *Solon*, § 21 ; Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 35 : ἐὰν μὴ μανιῶν ἢ γηρῶν ἢ γυναικὶ πιθόμενος. Isée, *De Philoct. her.*, § 21 ; οὕτω διετέθη εἴθ' ὑπὸ φαρμάκων. Cf. sur le sens de l'expression ὑπὸ φαρμάκων, Platner, *Process*, t. II, p. 324, note.

(4) Isée, *De Philoct. her.*, § 59; *De Nicostr. her.*, § 16 ; *De Men. her.*, § 1 ; Démosthène, *C. Olymp.*, § 56.

(5) Cauer, *Delectus*, 148 : τάδε διέθετο νοοῦσα καὶ φρονοῦσα Ἐπικτήτα. Mahaffy, *On the Flinders Petrie Papyri*, XV, l. 11 : τάδε διέθετο νοῶν καὶ φρονῶν Δίων. Cf. *Ibid*, XII, XVI, XIX, XX.

facultés intellectuelles, la vieillesse, la maladie ou des breuvages empoisonnés [1]. La maladie n'est point cependant par elle-même une cause d'incapacité, du moment que le testateur reste sain d'esprit [2]. D'autre part, ainsi que le décide la loi de Solon, la violence morale aussi bien que la violence physique est une cause de nullité, et parmi les cas de violence morale, le législateur cite la suggestion du testament par une femme, hypothèse assez rare d'ailleurs, en tant qu'il s'agirait de la femme légitime du testateur [3].

Il ne faudrait point aller jusqu'à admettre l'existence d'une δίκη μανίας, sorte de *querela inofficiosi*, au profit des collatéraux exclus par un testament ou une adoption. Il nous semble que celui qui réclame la nullité de cet acte doit établir l'existence d'une véritable insanité d'esprit et qu'il ne peut point se borner à agir, comme disaient les Romains, « hoc colore quasi non sanæ mentis testator fuerit quum testamentum ordinaret [4]. »

Quant à la fraude, il semble, si l'on s'en rapporte au passage de Plutarque relatif à la loi de Solon, qu'elle soit une cause de nullité du testament aussi bien que l'insanité d'esprit, la violence ou la séduction. Cet historien nous dit, en effet, de Solon : εἰς ταὐτὸ τὴν ἀπάτην τῇ ἀνάγκῃ καὶ τῷ πόνῳ τὴν ἡδονὴν θέμενος, ὡς οὐχ ἧττον ἐκστῆσαι λογισμὸν ἀνθρώπου δυναμένων [5]. Il paraît toutefois difficile d'accorder une pareille si-

(1) Le prodigue, à qui l'on a retiré la disposition de ses biens pour cause de παρανοία, ne peut, en conséquence, faire de testament ni adopter. Schulin, p. 12.

(2) Lysias, *De bon. Aristoph.*, § 41 : αὐτὸς γὰρ ἐν τῇ νόσῳ ὢν εὖ φρονῶν διέθετο. Cf. Caillemer, *Droit de tester*, p. 23; Schulin, p. 10. On ne rencontre dans la législation de Solon aucune incapacité semblable à celle qui, à Rome, à l'époque classique, frappait les sourds et les muets, du moins pour certains testaments. Schulin, p. 10.

(3) Cf. Caillemer, *loc. cit.* Dans le plaidoyer contre Olympiodore, § 56, Démosthène parait réclamer l'application de la loi de Solon contre Olympiodore qu'il nous montre comme γυναικὶ πειθόμενος πόρνῃ.

(4) Inst. *pr. De inoffic. test.*, II, 18. V. toutefois Schulin, p. 16; Mitteis, p. 69.

(5) Plutarque, *loc. cit.*

gnification au texte de Plutarque, car cet auteur avait certainement sous les yeux, lorsqu'il a composé ce chapitre de la vie de Solon, la loi citée dans le second plaidoyer contre Stéphanos, et la paraphrase de l'historien ne saurait suffire pour donner à la loi une portée plus grande que celle qu'elle avait en réalité [1]. Il est difficile, d'autre part, de déterminer quelle a pu être, dans le droit attique, l'influence de l'erreur sur la validité du testament [2].

En outre des conditions que nous venons d'indiquer et qui dérivent soit du caractère particulier de l'adoption, soit des principes généraux du droit, l'adoptant doit ne se trouver dans aucun des cas d'incapacité spéciaux prévus par les lois. Ainsi les comptables ne peuvent adopter tant qu'ils n'ont pas rendu leurs comptes [3], car jusqu'à ce moment ils n'ont pas la libre disposition de leurs biens, grevés d'un droit de gage au profit de l'État, et ils ne peuvent dès lors conférer à l'adopté un droit sur ces biens [4].

On a enseigné que celui qui est frappé d'atimie totale est incapable d'adopter, attendu que cette sorte d'atimie lui enlève la jouissance de tous ses droits civiques et rend sa condition presque inférieure à celle des étrangers [5]. Mais cette proposition est fort contestable. En effet, parmi les textes qui déduisent les conséquences de l'atimie totale, on n'en trouve aucun qui prononce contre l'ἄτιμος l'incapacité d'adopter. Si, comme cela résulte d'un décret dont nous parlerons ultérieurement, celui qui a été frappé d'atimie ne peut être adopté, ce n'est point une raison pour en conclure qu'il ne peut non plus adopter. En fait, l'Athénien

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 594, note 292. — *Contra* Schulin, p. 12.

(2) Cf. Schulin, p. 12.

(3) Eschine, *In Ctesiph.*, § 21 : ὑπεύθυνον οὐκ ἐᾷ τὴν οὐσίαν καθιεροῦν οὐδὲ ἀνάθημα ἀναθεῖναι οὐδὲ ἐκποίητον γενέσθαι οὐδὲ διαθέσθαι τὰ ἑαυτοῦ.

(4) Cf. Van den Es, p. 87 ; Caillemer, *Droit de tester*, p. 87.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 546. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Atimie*.

καθάπαξ ἄτιμος devait trouver difficilement un citoyen désireux de devenir son fils adoptif; mais l'adoption pouvait présenter de l'intérêt pour l'adopté et triompher de ses répugnances toutes les fois que l'atimie totale n'avait pas été accompagnée de la confiscation des biens. Dans tous les cas, l'incapacité d'adopter ne peut pas découler de l'atimie partielle, car celle-ci n'enlève au citoyen qui en est atteint que certains droits limitativement déterminés, parmi lesquels ne figure pas l'incapacité qui nous occupe [1].

Les citoyens naturalisés sont-ils incapables de tester et par suite d'adopter? On a soutenu l'affirmative en se fondant sur un passage de Démosthène [2], où Appollodore, après avoir cité la loi de Solon qui interdit le testament à ceux qui ἐπεποίηντο, demande en conséquence la nullité du testament fait par son père Pasion qui, dit-il, avait été fait citoyen par l'adoption du peuple, ἐπεποίητο ὑπὸ τοῦ δήμου πολίτης [3]. Cette opinion est inadmissible, et il nous paraît certain que les ἐπιποιητοί que le législateur avait en vue et qu'il déclare incapables de tester, sont les enfants adoptifs et non les étrangers naturalisés. Pour appliquer la prohibition à ces derniers, Apollodore joue sur le sens du mot ἐπεποίηντο, car on se servait indifféremment du même mot ποιητός pour désigner l'étranger naturalisé et l'enfant adoptif. Mais la preuve que la loi de Solon ne visait que ce dernier résulte manifestement d'un autre plaidoyer de Démosthène [4], où la même loi se trouve reproduite sans qu'il soit possible d'équivoquer sur le mot ἐπεποίηντο, qui est alors opposé au mot ποιηθεῖσιν, applicable aux enfants adoptifs exclusivement, antithèse que

(1) Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 76 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 546. *Contra*, Bunsen, *loc. cit.*, p. 64.

(2) *In Steph.*, II, § 15.

(3) Gans, p. 385 ; Schneider, p. 27 et 30 ; Eschbach, *Introd. à l'étude du droit*, p. 577 ; Wachsmuth, I, p. 474, qui s'est d'ailleurs rallié plus tard à l'opinion contraire, t. II, p. 168, note 38 et p. 877.

(4) *Adv. Leoch*, § 68.

l'orateur a eu soin de supprimer dans son discours contre Stéphanos afin d'induire en erreur des juges peu versés dans la science du droit. De plus, même dans le plaidoyer contre Léocharès, l'orateur laisse voir, involontairement peut-être, que la loi de Solon n'a en vue que l'enfant adopté, lorsqu'il oppose, au § 15, ceux qui μὴ ἐπεποίηντο à ceux qui ἦσαν πεφυκότες γνήσιοι, c'est-à-dire manifestement les enfants adoptifs aux enfants légitimes [1]. Les étrangers naturalisés pouvaient donc, comme les citoyens de naissance, tester et adopter [2].

Si un étranger naturalisé a, à notre avis du moins, la capacité de faire une adoption testamentaire, il n'en est pas de même, croyons-nous, de l'étranger ordinaire ou même du métèque. La réalisation de l'adoption comporte, en effet, des formalités qui sont incompatibles avec la situation de l'étranger [3]. Mais un étranger ne peut-il du moins faire un testament qui ne renferme aucune adoption? C'est ce que nous aurons à voir en étudiant les règles des testaments.

B. — *Conditions requises de l'adopté.*

L'adopté doit, comme l'adoptant, avoir la jouissance des droits civils, c'est-à-dire être citoyen d'Athènes et, par con-

(1) La preuve qu'Apollodore ne faisait pas grand cas du moyen de nullité tiré de la prétendue incapacité résultant de la naturalisation de son père, c'est qu'il ne s'en est point prévalu dans son premier plaidoyer contre Stéphanos. C'est seulement lorsqu'il se vit plus tard à bout de ressources qu'il songea à user de ce moyen véritablement frauduleux. Caillemer, *Droit de tester*, p. 26.

(2) Meier, *De bonis damnatorum*, p. 60; Van den Es, p. 83; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 594; Bunsen, p. 57; Caillemer, *Droit de tester*, p. 26, *Naturalisation*, p. 98, et *in* Daremberg et Saglio, v° *Demopoietos;* Dareste, *Plaidoyers civils*, t. II, p. 307, note 3; Hermann-Thalheim, p. 79, note 6, *in fine*. Schulin (p. 14) ne se prononce pas sur cette question qui lui paraît fort délicate et il penche plutôt pour refuser le droit de tester aux nouveaux citoyens, surtout lorsqu'ils sortaient des rangs des esclaves.

(3) V. toutefois Meier, Schœmann et Lipsius, p. 594.

séquent, être né en justes noces d'une citoyenne athénienne [1], autrement, en effet, un étranger aurait pu être introduit dans la cité sans les formalités et les garanties de la naturalisation [2]. Un enfant naturel [3] n'aurait donc pu être adopté par un autre que son père [4] qu'après avoir été légitimé [5], à supposer bien entendu que l'on admette la possibilité d'une légitimation dans le droit attique.

Logiquement, une femme n'aurait pas dû pouvoir être donnée en adoption pas plus qu'elle ne pouvait adopter [6], car la femme est incapable de remplir le but de l'adoption, c'est-à-dire de perpétuer le culte domestique [7]. Cependant on trouve des textes qui ne laissent aucun doute sur la possibilité de l'adoption d'une femme, θυγατροποιία. C'est ainsi que dans le plaidoyer d'Isée sur la succession d'Haguias [8], nous voyons ce dernier adopter, non point un de ses cousins germains du côté paternel, mais une nièce, et c'est seulement pour le cas où elle viendrait à manquer qu'il adopte son frère utérin. Dans le même discours [9], un certain Théophon adopte une

(1) Isée, *De Apoll. her.*, § 16 : ἐξ ἀστῆς εἰσάγειν καὶ γεγονότα ὀρθῶς. Cf. Van den Es, p. 89 ; Gans, p. 315 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 545 ; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 76. L'existence de cette condition est spécialement affirmée dans le serment prêté par celui qui présente l'adopté à l'assemblée de la phratrie. Isée, *loc. cit.*

(2) Cf. Ciccotti, p. 71.

(3) A supposer que les νόθοι ne fussent pas citoyens, ce qui est fort contestable. V. *supra*, t. I, p. 506 et s.

(4) L'enfant naturel pouvait-il être légitimé par son père au moyen d'une sorte d'adoption ? C'est là une question controversée. V. *supra*, t. I, p. 525 et s.

(5) Cf. Pastoret, *loc. cit.*, p. 431.

(6) V. en ce sens Cauvet, *loc. cit.*, p. 161 ; — La loi de Gortyne ne parle que des fils adoptifs, d'où l'on pourrait conclure, *a contrario*, que l'adoption des femmes n'est pas permise. Cependant cet argument serait peu sûr. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 162, texte et note 12.

(7) La raison qui, dans le droit romain classique, a fait interdire l'adrogation des femmes (*quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est*, Aulu-Gelle, V, 19, § 40) est étrangère au droit attique.

(8) Isée, *De Hagn. her.*, § 8.

(9) *Ibid.*, §§ 41, 45.

des filles de sa sœur. Le plaidoyer d'Isée sur la succession d'Apollodore [1] renferme encore un cas d'adoption d'une femme [2].

Mais quelle est alors la signification d'une semblable adoption, si contraire à l'esprit de l'ancienne tradition? Suivant Van den Es [3], l'adoption d'une femme ne serait en réalité que l'adoption du fils à naître de cette femme. En effet, dit-il, on voit Hagnias adopter sa nièce et, pour le cas où elle viendrait à manquer, son frère utérin Glaucon. La fille adoptive ne paraît donc avoir eu aucun droit sur les biens de l'adoptant pour le cas où elle viendrait à mourir sans enfants, car la substitution de Glaucon n'a d'autre but que d'empêcher l'extinction de la famille, si la fille adoptive n'a point elle-même d'enfants pour la continuer. Si au contraire elle en a, le but du testateur est rempli et l'un des enfants de l'adoptée peut être institué fils adoptif du défunt. L'adoption d'une femme ne constituerait donc qu'un moyen d'adopter le fils de celle-ci [4].

(1) Isée, *De Apoll. her.*, § 9.

(2) On trouve en dehors de la Grèce d'autres exemples d'adoptions de ce genre. Ainsi dans une inscription de Téos (Asie-Mineure), on lit : ἀπιάς Λεωφάντου, φύσει δὲ Ἡροστράτου, χρηστὴ χαῖρε. (Le Bas, *Voyage en Asie-Mineure*, n° 115). Cette adoption se rencontre également dans les cités doriennes, comme Halicarnasse, ainsi qu'en témoigne l'inscription suivante : Σαραπιὰς Ἀπολλωνίου κατὰ θυγατροποιΐαν δὲ Μενάνδρου τοῦ Διονυσοδώρου, καθ' υἱοθεσίαν δὲ Δράκοντος, καὶ οἱ υἱοὶ αὐτῆς κτλ. Le Bas, *loc. cit.*, n° 507. Une inscription de l'île de Cos mentionne également une adoption de femme κατὰ θυγατροποιΐαν. Rayet, *Annuaire*, 1875, p. 319. Cf. Keil, *Zwei griech. Inschr.*, p. 18.

(3) p. 89, 90.

(4) Cf. en ce sens Guiraud, *loc. cit.*, p. 254, 255. Van den Es argumente encore, à l'appui de sa manière de voir, du plaidoyer d'Isée pour la succession d'Apollodore où l'on voit ce dernier, sur le point de partir en campagne, et en prévision d'un malheur qui pourrait lui arriver, instituer héritière (c'est-à-dire adopter) sa sœur en la mariant en même temps à Lacratidès. Il ne la marie ainsi, suivant l'auteur précité, que pour introduire dans sa famille le fils à naître de cette union. Lorsqu'en effet Apollodore revient sain et sauf de l'expédition en prévision de laquelle il avait testé, il révoque son testament et se marie dans l'espérance d'avoir lui-même des enfants, et c'est seulement quand il se voit déçu

Nous reconnaissons bien que la femme adoptée est implicitement chargée de transmettre à son fils futur, plutôt que de posséder elle-même, les biens qui lui viennent de l'adoptant, ainsi que le culte domestique qui se trouve attaché à la possession du patrimoine, mais il ne s'ensuit pas que la théorie de Van den Es soit absolument exacte et que l'adoption, passant en quelque sorte par dessus la fille, n'aille se fixer que sur la tête de son enfant. Cette théorie a le tort de dénaturer le texte d'Isée, qui est son principal fondement, et d'ajouter à ce texte une condition qui ne s'y trouve pas, à savoir que la substitution de Glaucon soit subordonnée à la condition que la nièce instituée en première ligne viendra à mourir « sans enfants ». Nous estimons qu'au contraire l'adoption a pour effet d'assimiler la fille adoptive à la fille légitime, seulement l'adoptée sera dans la même situation que la fille épiclère [1]. Si donc le testament qui l'institue ne donne point en même temps sa main et, par suite, l'héritage à un citoyen, elle devient ἐπίδικος et il y a lieu à la revendication de la fille adoptive comme à celle de toute autre épiclère ainsi qu'à son adjudication par l'archonte au profit du plus proche parent [2].

Il convient, d'autre part, de rapprocher de l'adoption d'une fille la règle qui permet à l'adoptant d'adopter par testament non seulement un enfant simplement conçu mais même un enfant dans le néant. Ainsi, le père qui n'a que des filles, peut adopter par acte de dernière volonté le petit-fils qui viendrait à naître de l'une de ces filles et l'appeler à conti-

dans cet espoir qu'il adopte le fils né de sa sœur. C'est donc qu'en adoptant originairement sa sœur, il n'avait entendu adopter que le fils à naître du mariage de celle-ci avec Lacratidès.

(1) V. *supra*, t. I, p. 410.

(2) Cf. en ce sens : Bunsen, *loc. cit.*, p. 65 ; Robiou, *loc. cit.*, p. 65 ; Boissonade, p. 56 ; Hermann-Thalheim, p. 81, note 3 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 545, note 165 ; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 76 ; Mayer, II, p. 428 ; Hruza I, p. 121 ; Ciccotti, p. 71, 72.

nuer sa personne. Isée [1] déclare, en conséquence, que Pyrrhus mourant eût été en droit de léguer tous ses biens à sa fille légitime en stipulant que le cognat le plus proche se la ferait adjuger et que, s'il naissait des fils de cette union, l'un d'eux serait attribué au testateur en qualité de fils adoptif [2].

L'adoption rompant, comme nous le verrons, tout lien civil entre l'adopté et sa famille naturelle et, par suite, le fils adopté ne pouvant plus continuer le culte domestique dans cette famille, un motif religieux avait fait interdire l'adoption d'un fils unique dans une maison étrangère [3]. Il y aurait eu là une sorte de déshonneur et pour le père naturel et même pour le père adoptif [4]. C'est l'un des cas où probablement devait intervenir l'archonte éponyme, lui qui devait prévenir, avec un soin religieux, cette extinction des familles considérée comme si funeste pour la république. Mais avait-il le droit de faire annuler l'adoption? On peut en douter. Dans tous les cas, le plaidoyer d'Isée où il est question de l'adoption d'un fils unique n'indique point qu'elle ait été interdite formellement par la loi; il montre plutôt que celle-ci se reposait, pour empêcher une semblable adoption, sur la puissance des mœurs [5].

Le droit attique édicte certaines incapacités spéciales relativement à l'adopté. C'est ainsi qu'un comptable, tant qu'il n'a pas rendu ses comptes, ne peut pas plus être adopté

(1) *De Pyrrhi her.*, § 73.

(2) Van den Es, p. 90; Platner, *Beitræge*, p. 138; Gans, p. 317; Mayer, p. 429; Guiraud, p. 254; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77.

(3) La loi de Manou prohibait également l'adoption d'un fils unique. Boissonade, p. 37, note 15. De même, en droit romain, le collège des pontifes devait examiner si l'adrogation, tout en assurant la continuation des *sacra* de l'adrogeant, ne pouvait pas consommer la ruine des *sacra* de l'adrogé, Cf. May, t. I, p. 158.

(4) Isée, *De Men. her.*, § 10 : ἐδόκει αὐτῷ αἰσχρὸν εἶναι ἄπαιδα τοῦτον καθιστάντα ἀρρένων παίδων. Cf. § 21.

(5) Cf. Boissonade, p. 57; Robiou, p. 66; Cauvet, p. 162.

qu'il ne peut lui-même adopter [1]. Le motif en est, pour l'incapacité d'être adopté, que l'adoption a pour effet de transférer à l'adoptant la propriété des biens de l'adopté. Or le comptable qui n'a pas rendu ses comptes pouvait être frappé d'une amende dont le recouvrement aurait été rendu impossible, au détriment du trésor public, s'il avait pu au moyen d'une adoption faire passer sa fortune en d'autres mains [2]. La prohibition en question peut aussi prévenir une autre fraude au détriment du trésor public, celle par laquelle un père riche, dont le fils était soumis à l'obligation de rendre compte, l'aurait fait adopter par un citoyen pauvre, frustrant ainsi l'Etat de la part qui devait revenir dans sa succession à ce fils. Il était aussi de l'intérêt de l'adoptant que son patrimoine ne passât point entre les mains d'une personne sujette à rendre compte et exposée par suite à perdre ce patrimoine [3].

Celui qui est frappé d'atimie totale est incapable d'être adopté, ainsi que cela nous paraît résulter *a fortiori* de ce que nous allons dire concernant les enfants de l'ἄτιμος [4]. Mais il n'en est pas de même de celui qui n'a encouru qu'une atimie partielle, et cela pour les raisons que nous avons précédemment données [5].

Par une conséquence des principes précédents, et en vertu du caractère héréditaire de l'atimie, on ne peut, dans l'opinion générale, adopter les enfants de celui qui a encouru une atimie complète. C'est ce qu'on induit d'un passage d'Isée [6], où l'on voit que les citoyens qui étaient menacés d'une condamnation entraînant l'atimie se hâtaient de donner leur fils en adoption, afin de les soustraire à l'atimie dont

(1) Eschine, *In Ctesiph.*, § 21.

(2) Van den Es, p. 91; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 546, texte et note 178; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 76; Hermann-Thalheim, p. 81, note 5.

(3) Cf. Ciccotti, p. 22.

(4) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 546.

(5) V. *supra*, p. 41.

(6) *De Arist. her.*, § 17.

leur père était frappé [1]. Ce pouvait être également un moyen frauduleux pour faire passer dans le patrimoine de l'adoptant des richesses acquises au détriment de la cité [2]. Aussi lit-on dans le décret de condamnation rendu contre Archéptolème et Antiphon, et qui les frappait d'atimie [3], que ceux qui adopteraient un des enfants des condamnés encourraient eux-mêmes l'atimie. Cette aggravation de sévérité devait toutefois être exceptionnelle, et la sanction ordinaire de la loi consistait uniquement dans la nullité de l'adoption [4].

Si les étrangers ne peuvent être adoptés, aucune incapacité semblable n'atteint ceux qui ont été naturalisés, à supposer même qu'ils n'aient pu se faire inscrire dans une phratrie [5], car on ne voit aucune raison qui s'oppose à une adoption de ce genre [6].

En supposant que l'adopté ne soit frappé d'aucune des incapacités que nous avons indiquées, l'adoptant peut le choisir, soit parmi ses parents, soit parmi des personnes étrangères à sa famille. Sans doute, des considérations de famille déterminaient le plus souvent l'adoptant à prendre pour continuateur de son culte un de ses plus proches parents [7]. Mais

(1) Un père peu fortuné, ayant plusieurs enfants, devait également chercher à donner l'un ou plusieurs d'entre eux en adoption à de riches citoyens. C'était ainsi un héritier de moins pour partager la succession. Cf. Schulin, p. 17.

(2) Meier, *De bonis damnat.*, p. 146; Van den Es, p. 92; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77; Ciccotti, p. 72.

(3) Plutarque, *X Orat.*, p. 834 *b* : καὶ ἄτιμον εἶναι Ἀρχεπτόλεμον καὶ Ἀντιφῶντα καὶ γένος τὸ ἐκ τούτοιν, καὶ νόθους καὶ γνησίους. καὶ ἐὰν ποιήσηταί τινα τῶν ἐξ Ἀρχεπτολέμου καὶ Ἀντιφῶντος, ἄτιμος ἔστω ὁ ποιησάμενος.

(4) Van den Es, *loc. cit.*; Gide et Caillemer, *loc. cit.* Le décret en question pourrait laisser croire à la possibilité d'une adoption d'enfants d'une personne ayant encourue l'atimie. Cf. Hermann-Thalheim, p. 81, note 5.

(5) Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Demopoiétos*, p. 74. L'inscription dans une phratrie n'est peut-être pas rigoureusement nécessaire, du moins dans l'opinion que nous avons adoptée sur le rôle de la phratrie dans l'adoption. V. *supra*, p. 14.

(6) Gans, p. 315; Platner, *Beitræge*, p. 128.

(7) C'est ainsi que dans le plaidoyer d'Isée sur la succession de Ménéclès (§ 20), un des arguments de l'orateur en faveur de la validité de l'adoption est

ce n'est nullement pour lui une obligation et il avait toute liberté dans son choix [1]. Il était seulement exposé, dans le cas où il adoptait un étranger, à voir son testament plus facilement attaqué pour cause de démence ou de captation [2].

L'adoptant n'est même pas tenu de prendre son fils adoptif parmi les personnes de même condition [3] : le titre de citoyen suffit [4].

L'adopté, s'il est majeur, doit consentir à l'adoption mais il

tiré de ce que Ménéclès n'avait aucun autre cognat dont il pût se faire un fils adoptif : διὰ τὸ μὴ εἶναι συγγενῆ μηδέν' ἄλλον αὐτῷ, ὁπόθεν ἂν ἐποιήσατο υἱόν.

(1) Nous en avons la preuve dans un plaidoyer de Démosthène (*Adv. Lept.* § 102) où l'orateur commente la loi de Solon sur les testaments : εἰ γὰρ ὁ μὲν Σόλων ἔθηκε νόμον ἐξεῖναι δοῦναι τὰ ἑαυτοῦ ᾧ ἂν τις βούληται, ἐὰν μὴ παῖδες ὦσι γνήσιοι, οὐχ ἵν' ἀποστερήσῃ τοὺς ἐγγυτάτω γένει τῆς ἀγχιστείας, ἀλλ' ἵν' εἰς τὸ μέσον καταθεὶς τὴν ὠφέλειαν ἐφάμιλλον ποιήσῃ τὸ ποιεῖν ἀλλήλους εὖ. Cf. Ciccotti, p. 73. Peut-être cependant le choix de l'adoptant était-il restreint originairement à ses proches parents. Bücheler et Zitelmann, p. 162.

(2) Le grammairien Nonius Marcellus rapporte un fragment des Satires Ménippées de Varron (*Varronis fragmenta*, éd. Bip. p. 312, 313) ainsi conçu : « Venio nunc ad alterum genus testamenti, quod dicitur physicum, in quo Græci belliores quam Romani nostri. » Ce *testamentum physicum*, sur lequel nous ne possédons pas d'autres renseignements, était peut-être, selon Schulin (p. 16), le testament où se trouvaient institués les proches parents, φύσει προσήκοντες, et la supériorité des Grecs sur les Romains relativement à ce *testamentum physicum* consisterait en ce que les premiers auraient admis, dans une plus large mesure que les seconds, la *querela inofficiosi testamenti*, en l'étendant même aux héritiers collatéraux dépouillés par le testament qui institue un étranger. Cf. Mitteis, p. 69 et 337.

(3) La loi d'Egine ordonnait, au contraire, τοὺς ὁμοίους παῖδας εἰσποιεῖσθαι : Isocrate, *Ægin.*, § 13. Isocrate entend le mot ὅμοιος de l'égalité d'origine et d'éducation, mais ce mot pourrait aussi, dans la loi d'Egine, se référer uniquement à l'égalité des droits civils. Cf. Hermann-Thalheim, p. 82, note 1. Au surplus, il devait y avoir une assez grande incertitude sur ce que l'on devait entendre par les ὅμοιοι, ainsi que cela résulte des efforts faits par Isocrate pour établir que son client était un ὅμοιος du testateur. Cf. Schulin, p. 42.

(4) Van den Es, p. 89 ; Hermann-Thalheim p. 81 ; Schulin, p. 16. La loi de Gortyne ne pose non plus aucune restriction à la liberté du choix de l'adoptant. Bücheler et Zitelmann, p. 162. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 482, estiment toutefois que l'adopté doit être mâle et probablement pubère.

n'a besoin d'aucune autorisation à cet effet [1]. Si quelquefois, comme nous le montrent les orateurs [2], l'adoptant demande aux parents de l'adopté la permission d'adopter leur fils, cette démarche n'est cependant point obligatoire et ne constitue de la part de l'adoptant qu'un acte de courtoisie [3].

Si l'adopté est mineur, doit-il obtenir le consentement de la personne sous l'autorité de qui il se trouve ? La question nous paraît devoir être résolue affirmativement, conformément aux principes généraux sur la puissance paternelle et la tutelle. On ne voit pas comment l'adoptant aurait pu par sa seule volonté rompre des liens qui rattachaient l'adopté à sa famille naturelle et qui, sans être aussi énergiques qu'en droit romain, avaient encore cependant une assez grande force. Aussi, dans le plaidoyer d'Isée sur la succession de Ménéclès [4], voit on que ce dernier, qui se cherchait un successeur, n'ose pas demander à son frère de lui donner son fils en adoption, craignant un refus de sa part [5].

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 546; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77 ; Mayer, II, p. 428; Ciccotti, p. 72.

(2) Isée, *De Apoll. her.*, § 14; Démosthène, *In Bœot.*, II, § 10.

(3) Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77 ; Van den Es, p. 93.

(4) *De Men. her.*, § 21 : ἀλλ' οὐκ ἂν αὐτῷ ἔδωκεν.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 546; Mayer, II, p. 428 ; Cauvet, p. 161 ; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77 ; Schulthess, p. 106. *Contra*, Van den Es, p. 93, 94. Cet auteur écarte l'argument tiré du texte d'Isée en disant : « Nec vocabulis *atqui ei filium suum non concessisset* (ἀλλ' οὐκ ἂν αὐτῷ ἔδωκεν) majorem vim inesse censendum est quam si orator dixisset Meneclis fratrem pro suo erga filium unicum amore omnibus modis Menecli persuadere conaturum fuisse, ut a tali consilio abstineret, si quando filium adoptare vellet. » Dans le cas de minorité, comme dans le cas de majorité de l'adopté, la demande par l'adoptant du consentement du pere naturel ne serait, d'après cet auteur, qu'un acte de courtoisie. V. *infra*, tit. III, ch. III, sect. I, Tutelle des impubères.

SECTION IV

Effets de l'adoption.

Dans les législations modernes qui, comme le Code Civil, ont conservé l'adoption, celle-ci tout en introduisant à certains égards l'adopté dans une famille nouvelle, ne détruit pas les liens qui l'attachaient à son ancienne famille. Mais ce système est trop complexe pour qu'on puisse le voir pratiquer dans une législation encore primitive, comme l'était la législation athénienne. Il eût été, en outre, inconciliable avec les anciennes croyances dont le législateur moderne n'a plus à tenir compte, et qui ne permettaient pas à un même homme de sacrifier en même temps à deux foyers ni d'honorer à la fois deux séries d'ancêtres. En conséquence, dans le droit attique, de même que dans le droit romain avant les innovations introduites par le préteur et consacrées par Justinien, l'effet nécessaire de l'adoption est d'opérer un changement complet dans la filiation civile de l'adopté. Celui-ci cesse d'appartenir à ses parents naturels pour se rattacher exclusivement à ceux que l'adoption lui a donnés. Toutefois, comme nous le verrons, le lien artificiel résultant de l'adoption n'est point à Athènes aussi puissant qu'à Rome. D'abord, en effet, l'adoption athénienne n'a point nécessairement pour résultat de faire tomber l'adopté sous la puissance du père adoptant ; elle crée seulement entre l'adoptant et l'adopté une relation ordinaire de filiation. Elle n'entraîne point non plus une rupture absolue des liens qui unissaient l'adopté à sa famille naturelle. Si ces liens sont rompus vis-à-vis de la branche paternelle, ils subsistent, au contraire, vis-à-vis de la branche maternelle : suivant l'énergique expression du droit athénien, personne ne cesse d'être le

fils de sa mère : μητρὸς οὐδείς ἐστιν ἐκποίητος [1]. La raison en est qu'un fils n'appartenait point, quant au culte domestique, à la famille de sa mère. Par suite, en passant dans une autre famille dont il adoptait nécessairement le culte, il était bien forcé de renoncer à la famille de son père, mais il pouvait conserver celle de sa mère [2]. L'adoption est enfin moins énergique à Athènes qu'à Rome en ce sens que le droit attique n'admet point que les effets en soient irrévocables, mais permet, au contraire, la rupture du lien artificiel de filiation, non seulement du consentement des deux parties, mais encore par la volonté de l'une d'elles seulement.

Les effets de l'adoption se réfèrent soit au droit religieux, soit au droit public, soit au droit privé. Mais ils ne peuvent en aucun cas se produire qu'à partir de l'adoption ou, en d'autres termes, celle-ci n'a point d'effet rétroactif [3]. L'effet principal de l'adoption, celui qui, comme nous l'avons vu, est la raison déterminante de cette institution est la communication à l'adopté du culte de l'adoptant. Dieux, objets sacrés, rites et prières, tout lui devient commun avec son père adoptif. On peut lui appliquer l'expression romaine : *in sacra transiit* [4], il est passé au culte de sa nouvelle famille. Par contre, l'adopté n'a plus rien de commun avec le foyer de sa famille naturelle et ne peut plus accomplir les devoirs religieux envers ses propres ancêtres [5].

L'adopté doit, en conséquence, après la mort du père adoptant, pourvoir à ses funérailles et accomplir envers ses mânes tous les devoirs prescrits par la religion τὰ νομι-

(1) Isée, *De Apollod. her.*, § 25.
(2) Robiou, *loc. cit.*, p. 66 ; B. W. Leist, p. 71, note *a*.
(3) Démosthène, *Adv. Bœotum* I, § 29. Cf. Ciccotti, p. 75.
(4) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, ch. 4.
(5) Valère Maxime, VII, 7.
(6) Doit-on aller jusqu'à dire que, au point de vue qui nous occupe, l'adopté devenait si complètement étranger à son ancienne famille que, s'il venait à mourir, son père naturel n'avait pas le droit de se charger de ses funérailles et de suivre son convoi ? Cf. Fustel de Coulanges, *ibid.*

ζόμενα [1]. Mais aussi l'adopté a le droit d'être enterré lui-même dans le tombeau de la famille de l'adoptant [2]. Un dernier effet de l'adoption au point de vue religieux, c'est, comme nous l'avons vu en étudiant les formes de cet acte, l'introduction de l'adopté dans la phratrie de l'adoptant.

Un effet analogue se produit, au point de vue du droit public, en ce sens que l'adopté fait désormais partie du dème de l'adoptant, s'il n'en était point déjà membre, et ce changement se manifeste et se parfait par l'inscription de l'adopté sur le registre de son nouveau dème [3].

Au point de vue du droit privé, les effets de l'adoption peuvent se résumer, d'une part, dans la perte par l'adopté de l'ἀγχιστεία, avec tous les droits et obligations qu'elle comporte, dans sa famille naturelle, et d'autre part, dans l'acquisition de cette même ἀγχιστεία dans sa famille adoptive.

En premier lieu, l'adopté sort de sa famille naturelle, du moins vis-à-vis de son père et de sa branche paternelle. Il perd, en conséquence, le droit de succéder à son père et à ses parents paternels. C'est ce que déclare formellement un texte d'Isée : « οὐδεὶς πώποτε ἐκποίητος γενόμενος ἐκληρονόμησε τοῦ οἴκου ὅθεν ἐξεποιήθη, ἐὰν μὴ ἐπανέλθῃ κατὰ τὸν νόμον : Jamais un adopté n'a succédé dans la famille dont il est sorti par une adoption, à moins qu'il n'y soit ultérieurement rentré en se conformant aux lois » [4]. Le plaidoyer du même orateur sur la succession d'Aristarque renferme une autre application du même principe. On y voit qu'Aristarque avait deux fils et deux filles ; l'un des fils Cyronide est adopté dans une autre famille, et par suite l'autre fils Démocharès hérite seul à la mort de son père. Mais Démocharès étant mort lui-même avant d'avoir atteint sa majorité, c'est sa sœur qui

(1) Isée, *De Menecl. her.*, §§ 10, 36 ; *De Astyph. her.*, § 7.

(2) Pseudo-Plutarque, *Vita X. Or.*, p. 838. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 547.

(3) Cf. Van den Es, p. 96.

(4) Isée, *De her. Astyph.*, § 33.

est appelée à recueillir la totalité des biens d'Aristarque, à l'exclusion de Cyronide et bien que, dans le droit athénien, les filles ne soient héritières qu'à défaut de frères [1]. C'est donc que l'adoption de Cyronide a bien rompu tous ses liens de parenté avec sa famille naturelle.

On a cependant soutenu [2] que, malgré l'adoption, l'adopté peut encore succéder à son père naturel, et l'on a argumenté en ce sens de deux textes de Démosthène. Dans l'un, l'orateur se plaint que l'adversaire jouisse depuis longtemps, sans payer d'impôts, de deux patrimoines, celui de son père naturel et celui de son père adoptif [3]. Dans l'autre, Macartatos, qui jouit déjà de la fortune de son père adoptif Macartatos de Prospalta, réclame en outre, en sa qualité de plus proche parent dans la famille naturelle, la succession d'Hagnias [4]. Mais ces textes ne prouvent nullement que le droit de succéder au père adoptif soit compatible avec celui de succéder au père naturel. En effet, dans le premier de ces textes, il n'est question que d'une jouissance de fait du patrimoine (σὺ 'ουσίας καρπούμενος διατελεῖς) et non d'une possession juridique. Dans l'autre, l'orateur se borne à mentionner la prétention d'un plaideur, mais sans dire qu'elle soit conforme au droit; bien au contraire, il la repousse avec véhémence [5]. Les inductions qu'on voudrait tirer des passages en question de Démosthène ne sont donc nullement décisives et ne sauraient prévaloir contre les déclarations formelles que renferment les plaidoyers d'Isée. Démosthène affirme d'ailleurs lui-même, dans un autre plai-

(1) Isée, *De Arist. her.*, § 4.

(2) Hermann, *Privatalterthümer*, 1e éd., § 64, note 18, *in fine*.

(3) Démosthène, *Adv. Phænip.*, § 21.

(4) Démosthène, *Adv. Macart.*, §§ 76 et 77.

(5) Stark, sur Hermann, *loc. cit.*, 2e éd., § 65, note 21, donne cette autre explication du passage en question de Démosthène : « Ist nur von der Behauptung des γένει προσήκειν mit der Familie des Vaters, wo eine Adoption in die der Mutter stattgefunden hat. »

doyer [1], que c'est faire acte d'imprudence et de convoitise que de prétendre simultanément à deux successions, d'un côté comme fils naturel, d'un autre côté comme fils adoptif. L'adopté ne peut donc succéder à son père naturel tant qu'il reste dans sa famille adoptive ; il ne peut recouvrer ce droit qu'en renonçant, comme nous le verrons, à l'adoption pour rentrer dans sa famille naturelle [2].

L'adopté conserve, au contraire, le droit de recueillir les successions qui lui viennent du côté de sa mère naturelle, car l'adoption ne rompt point les liens qui l'attachaient à elle [3].

Il semble, au surplus, que l'adoption n'empêche point l'adopté de continuer à être tenu vis-à-vis de son père naturel à l'accomplissement de certains devoirs exigés par la nature, tels que l'obligation de lui fournir des aliments et de lui rendre les honneurs funèbres [4].

Si l'adopté perd l'anchistie avec sa famille naturelle, par contre, il acquiert en principe cette même anchistie avec l'adoptant et la famille de celui-ci [5]. Il est donc considéré désormais comme étant vis-à-vis de l'adoptant *loco filii*, ce qui entraîne de nombreuses et importantes conséquences, soit au point de vue des personnes, soit au point de vue des biens.

Ainsi d'abord l'adopté, s'il est mineur, tombe sous la puissance paternelle de l'adoptant. La qualité de kyrios

(1) *Adv. Leoch.*, § 28.

(2) Van den Es, p. 97, 98 ; Stark, sur Hermann *loc. cit.* ; Cauvet, p. 164 ; Hermann-Thalheim, p. 80, note 3 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 546 ; Robiou, *loc. cit.*, p. 65 ; Caillemer, *Droit de tester*, p. 28, et *Droit de succession*, p. 22 ; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 78.

(3) Van den Es, p. 96 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 547 ; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77 ; Cauvet, p. 164. On peut rapprocher cette situation de celle de l'adrogé qui, en droit romain, tout en perdant dans sa famille tous les droits qu'il y avait en qualité d'agnat ou de *gentilis*, conservait cependant son titre et ses droits de cognat.

(4) Cauvet, p. 164.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 547.

cesse d'appartenir au père naturel de l'adopté et passe au père adoptif [1]. L'adopté est tenu désormais envers l'adoptant de tous les devoirs qui pèsent sur un fils légitime. Par suite, la γραφὴ κακώσεως γονέων est possible contre l'adopté dans tous les cas où elle le serait contre un fils légitime [2].

L'adoption produit, tant qu'elle dure, un empêchement au mariage entre l'adoptant et sa fille adoptive, mais elle n'en crée point entre l'adopté et ses sœurs adoptives. Bien au contraire, le mariage de l'adopté avec une fille de l'adoptant est très fréquent et il est même imposé par la loi quand l'adoption est testamentaire [3].

L'adopté devient, d'autre part, héritier légitime de l'adoptant, et il continue sa personne d'une manière beaucoup plus complète que dans les législations modernes. L'adopté succède, par suite, non seulement aux biens de l'adoptant, mais encore à son nom [4], ainsi qu'à ses dignités et à ses honneurs, προεδρία, σίτησις ἐν πρυτανείῳ, ἀτέλεια, etc. [5]. Par contre, l'adopté succède à l'atimie de l'adoptant [6].

Si l'adoptant laisse une fille, elle est vis-à-vis de l'adopté dans la même situation qu'une sœur légitime, et, par suite, l'adopté est tenu de la pourvoir, soit en la dotant, soit en

(1) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 15. — Cf. Hermann-Thalheim, p. 79, note 5.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 547. Un texte d'Isée montre très bien les rapports du père et du fils adoptifs à cet égard. Voici les paroles que l'orateur met dans la bouche d'un fils adoptif : κἀκεινός τε τὴν πρόνοιαν εἶχεν ὥσπερ εἰκός ἐστι πατέρα περὶ υἱέος ἔχειν, καὶ ἐγὼ τὸν αὐτὸν τρόπον ὥσπερ γόνῳ ὄντα πατέρα ἐμαυτοῦ ἐθεράπευόν τε καὶ ᾐσχυνόμην, καὶ ἐγὼ καὶ ἡ γυνὴ ἡ ἐμὴ, ὥστε ἐκεῖνον πρὸς τοὺς δημότας ἐπαινεῖν ἅπαντας. *De Menecl. her.*, § 18.

(3) V. *supra*, p. 31. Dans un plaidoyer d'Isocrate (*Ægin.*, § 34), on voit l'adoptant faire épouser une de ses sœurs à l'adopté.

(4) Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77. V. *supra*, p. 14.

(5) Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77. Cf. sur la transmission de ces distinctions honorifiques, Caillemer, *Droit de succession*, p. 186.

(6) Isée, *De Dicæog. her.*, § 7 ; Xénophon, *Hellen.*, VI, 354. Cf. Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77.

l'épousant lui-même [1]. Si l'adopté prend le premier parti, il jouit, en principe, d'une certaine latitude dans la détermination du chiffre de la dot. Toutefois, au dire d'Isée [2], il y aurait eu une certaine impudence de la part du fils adoptif à ne pas fournir à la fille de l'adoptant une dot au moins égale à la dixième partie de l'héritage recueilli. On voit même quelquefois le fils adoptif doter la fille naturelle de l'adoptant [3]. Mais ce n'était là probablement qu'une libéralité recommandée par l'usage et dont la loi ne faisait point une obligation [4].

Par une conséquence analogue, c'est à l'adopté qu'incombe la tutelle des enfants mineurs que l'adoptant peut avoir eus postérieurement à l'adoption [5].

Ce n'est pas seulement à l'égard de l'adoptant que l'adopté acquiert des droits de succession. Il hérite aussi des parents de ce dernier, comme s'il était né d'un légitime mariage : c'est là un effet de l'ἀγχιστεία que l'adoption lui a communiquée [6]. Mais l'adoption ne crée aucun lien, d'où puisse dériver un droit de succession, entre le fils adoptif et la femme de l'adoptant et les parents de celle-ci [7].

La loi de Gortyne [8], considérant que les droits successoraux de l'adopté ont pour unique fondement la présomption qu'il perpétuera la descendance de l'adoptant, décide que si cette présomption ne se réalise pas, c'est-à-dire si l'adopté

(1) Barilleau, *De la constitution de dot*, p. 156; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77. — L'obligation du frère adoptif de doter sa sœur est, du reste, légale ou simplement morale suivant les systèmes. V. *supra*, t. I, p. 269.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 51.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 45 et 49 où Endius, fils adoptif de Pyrrhus, marie sa sœur naturelle, ὡς ἐξ ἑταίρας οὖσαν, en lui constituant une dot de 3000 (1000) drachmes. V. *supra*, p. 269, note 3.

(4) Barilleau, *loc. cit.*, V. *supra*, t. I, p. 269.

(5) Isée, *De Arist. her.*, argum.; *De Dicæog. her.*, § 10. Cf. Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77.

(6) Cauvet, *loc. cit.*, p. 164; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 547; Schulin, p. 20.

(7) Schulin, p. 20.

(8) XI, 6-10.

meurt sans enfants nés de lui, les biens qu'il a recueillis de l'adoptant feront retour à la famille de celui-ci. Il y a là une disposition semblable à celle qu'a édictée l'art 351 de notre Code civil [1]. Cette disposition paraît, du reste, avoir été spéciale au droit crétois et rien n'autorise jusqu'à présent, en la généralisant, à l'appliquer au droit attique.

Bien qu'investi vis-à-vis de l'adoptant d'un droit de succession dans la même mesure qu'un enfant légitime, l'adopté se trouve néanmoins à un certain point de vue dans une situation différente de celle d'un enfant issu du mariage, mais cette différence semble plutôt avoir été à l'avantage de l'adopté. Le fils légitime, à Athènes, est, du moins dans l'opinion générale [2], constitué par la loi héritier nécessaire de son père ; l'hérédité lui est imposée sans qu'il puisse en répudier les charges ni les dettes. Cette nécessité pour le fils légitime d'acquitter toutes les dettes de son père peut même souvent être la cause déterminante d'une adoption, seul moyen qui lui soit ouvert pour échapper, grâce au changement de famille, au danger qui le menace [3]. Le fils légitime a, d'autre part, la saisine légale. Or l'enfant adoptif est, sans doute, héritier nécessaire de l'adoptant lorsque l'adoption a lieu entre-vifs. Il a la saisine, et peut aussitôt après l'ouverture de la succession, se mettre en possession des biens paternels sans formalité et sans intervention du magistrat [4]. Il peut en conséquence, si ses droits sont con-

(1) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 483, 484 ; Caillemer, *Succession*, p. 130.

(2) Cf. Caillemer, *Succession*, p. 150. Nous aurons ultérieurement à voir si cette théorie des héritiers nécessaires est bien fondée et à exposer les doutes que nous éprouvons sur son exactitude.

(3) Cauvet (p. 165) prétend, mais sans donner aucune preuve à l'appui, qu'en pareil cas et vu la faveur de la cause, on n'exigeait peut-être point toutes les conditions requises d'ordinaire pour qu'une adoption pût avoir lieu.

(4) Démosthène, *C. Leoch.*, § 19 : ἐνεβάτευσεν οὕτως εἰς τὴν οὐσίαν ὡς ὑπ' ἐκείνου ζῶντος εἰσποιηθείς. Harpocration, v° ἀμφισβητεῖν : οἱ μὲν οὐ φάσκοντες ἐπίδικον εἶναι τὸν κλῆρον ὡς ὄντος παιδὸς τῷ τετελευτηκότι ἢ γόνῳ ἢ ποιήσει. Cf. Platner,

testés par un tiers, lui opposer la διαμαρτυρία μὴ ἐπίδικον εἶναι τὸν κλῆρον [1].

Mais si l'adoption s'est réalisée par acte de dernière volonté, l'adopté n'est considéré que comme un héritier institué ; il n'a pas la saisine légale et ne peut prendre possession des biens héréditaires qu'après avoir obtenu du magistrat compétent l'autorisation d'appréhender l'hérédité (ἐπιδικάζεσθαι) [2]. Par suite, les charges de la succession ne peuvent l'atteindre s'il omet de la revendiquer [3].

Process, t.II, p. 329; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 605, 606. Ces derniers auteurs (p. 605) semblent restreindre la saisine légale à l'enfant qui a été adopté longtemps avant la mort du de cujus, qui a été introduit par celui-ci dans la *gens*, la phratrie et le dème et qui a été généralement reconnu comme son fils adoptif. C'est, à notre avis, pousser la rigueur un peu loin, et il suffit, croyons-nous, que l'adoption entre-vifs soit parfaite pour que le fils adoptif jouisse de la saisine légale et du droit de prendre possession de l'hérédité sans l'intervention du magistrat. Les textes, en effet, ne font aucune restriction du genre de celle que nous venons d'indiquer.

(1) Isée, *De Apollod. her.*, § 3. Le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Ménéclès est la défense d'une semblable diamartyrie contre une accusation de faux témoignage soulevée par l'adversaire, Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 606, note 328. — Un texte d'Isée (*De Pyrrhi her.*, § 6) semble, il est vrai, imposer à tous les enfants adoptifs la nécessité de l'envoi en possession, de l'épidicasie : τὰς ἐπιδικασίας οἱ εἰσποίητοι πάντες ποιοῦνται. Mais ce texte comporte évidemment la restriction indiquée dans le § 60, auquel il fait suite (v. *infra*, note 2) ὅσοι διαθήκαις κτλ. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, *ibid.*

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 60 : ὅσοι δὲ διαθήκαις αὐτοῖς εἰσποιοῦνται, τούτοις ἐπιδικάζεσθαι προσήκει τῶν δοθέντων.

(3) Caillemer, *loc. cit.*, p. 154; Cauvet, *loc. cit.*, p. 165. Ce dernier auteur omet de faire la distinction que nous avons admise entre l'adoption entre-vifs et l'adoption testamentaire, distinction qui nous paraît commandée par le texte précité d'Isée. Dans le droit de Gortyne, qui ne connaît qu'une seule espèce d'adoption, celle qui se réalise entre vifs, l'adopté peut opter entre la répudiation et l'acceptation de la succession, mais s'il l'accepte, il est tenu des dettes et charges héréditaires de la même manière qu'un fils légitime. Loi de Gortyne, X, 39-48. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 162, 163 ; Dareste, *Journal des savants*, février 1894 ; Dareste Haussoulier et Reinach, p. 483. Dans le cas où l'adoptant laisse en même temps des enfants nés de lui (c'est-à-dire nés après l'adoption), la loi de Gortyne (X, 48 et s.) accorde à l'adopté non point une part d'enfant, comme la loi athénienne, mais seulement une part de fille, part qui varie en conséquence suivant que le de cujus laisse des fils et des filles

A un autre point de vue, le fils adoptif peut se trouver dans une situation différente du fils donné par la nature. S'il lui avait été absolument assimilé, il aurait toujours eu droit, par le fait même de l'adoption, à la totalité de la succession de l'adoptant; or il peut ne pas en être ainsi lorsque l'adoption a lieu par acte de dernière volonté. On voit, en effet, dans un plaidoyer d'Isée, un citoyen, décédé sans enfants, ne donner que le tiers de son héritage au fils qu'il adopte par testament, en laissant à ses deux filles les deux autres tiers [1]. Ce qui distingue alors le fils adopté des légataires qui recueillent le reste de la succession, c'est qu'il est considéré comme le seul continuateur de la personne du défunt à tous autres égards que ce qui a trait à la dévolution des biens. C'est lui qui, en conséquence, est chargé de rendre aux morts les honneurs accoutumés et de continuer le culte domestique [2]. Mais ce sont là des charges plutôt que des avantages. Au surplus, même au point de vue matériel, la situation de l'adopté est ici inférieure à celle d'un légataire appelé à recueillir une fraction égale de la succession, car ce légataire conserve le droit de succéder dans sa famille naturelle, droit que l'adoption enlève au fils adoptif [3].

L'adoption partielle ne nous paraît d'ailleurs possible que dans le cas où le testateur laisse à l'adopté une quote part de son patrimoine. S'il ne lui fait qu'un legs particulier d'une certaine somme ou de certains biens, on ne peut voir dans ce

ou des filles seulement. Dans ce dernier cas, l'adopté, partageant à parts égales avec les filles, est libre d'accepter l'hérédité avec les charges qu'elle entraîne. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, *loc. cit.*

(1) Isée, *De Dicæog. her.*, § 6 : ἐπὶ μὲν τῷ τρίτῳ μέρει τοῦ κλήρου Δικαιογένης ὅδε.... υἱὸς ἐγινέτο ποιητός· τῶν δὲ λοιπῶν ἑκάστη τὸ μέρος ἐπεδικάσατο τῶν Μενεξένου θυγατέρων.

(2) Perrot, *Eloquence politique*, p. 368. — Cet auteur affirme, mais sans en donner aucune preuve, que la maison patrimoniale est sans doute attribuée à l'adopté à titre de continuateur de la personne du défunt.

(3) L'adoption partielle montre que la règle romaine : *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, est étrangère au droit attique. Hermann-Thalheim, p. 81.

légataire particulier un continuateur de la personne du défunt et il ne saurait être question d'adoption [1].

L'adoption partielle ne saurait, en outre, à notre avis, être réalisée autrement que par acte de dernière volonté. C'est, en effet, à cette hypothèse que se réfère le plaidoyer précité d'Isée. L'adoption entre-vifs ne paraît pas par sa nature et par ses formes comporter de restrictions ni de conditions. De plus, en cas d'adoption entre-vifs, l'adoptant se trouve désormais dans l'impossibilité de tester, si ce n'est pour faire des legs particuliers [2].

L'adoption produit contre l'adopté une incapacité dont nous avons déjà parlé en indiquant les conditions de capacité des parties, à savoir que l'adopté ne peut plus lui-même disposer de ses biens par voie d'adoption ou de testament. La raison en est que c'est en faveur d'une personne déterminée et de ses descendants naturels que l'adoptant a exclu ses collatéraux. L'adopté ne peut donc élargir cette disposition, et si la branche choisie par l'adoptant vient à s'éteindre, les collatéraux reprennent leurs droits [3]. Les parents du père recueillent donc, à l'exclusion de tous autres, la succession de l'adopté décédé sans enfants légitimes, puisque tout acte de dernière volonté lui est interdit [4].

La prohibition qui frappe le fils adoptif de disposer lui-même par testament ne procédant toutefois, comme nous venons de le dire, que de l'intention présumée de l'adoptant, il semble qu'elle puisse être levée par une autorisation spéciale de ce dernier. C'est ainsi que, dans le testament d'Aristote [5], on voit le testateur disposer à l'égard de Nicanor

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 548 ; Van den Es, p. 10 ; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 548. Cf. Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 77. Van den Es (p. 104) n'ose se prononcer sur ce point.

(3) Robiou, *loc. cit.*, p. 66.

(4) Caillemer, *Droit de tester*, p. 24. — La loi de Gortyne (X, 6-10) renferme une disposition semblable. Cf. Büchcler et Zitelmann, p. 164.

(5) Diogène Laërce, V, 13. Cf. Dareste, *in Annuaire*, 1882, p. 4.

que « s'il arrive malheur à celui-ci avant d'avoir reçu sa fille en mariage, ou après le mariage, mais avant qu'il y ait des enfants, en ce cas, les dispositions qui auraient été prises par Nicanor devraient être observées ». Si l'on voit, comme cela est fort probable, dans Nicanor un fils adopté par Aristote de son vivant [1], on doit considérer la clause

(1) Il est assez délicat de savoir quelle a été la situation de Nicanor vis-à-vis d'Aristote et de sa fille. Il y a cependant un grand intérêt de l'établir, car elle importe non seulement pour la question que nous avons examinée au texte, mais encore à d'autres points de vue, à savoir en matière d'épiclérat, de tutelle et d'enfants naturels. Aristote avait eu de son mariage avec la sœur de son ami Hermias une fille appelée Pythias, comme sa mère, et qu'il destina de bonne heure à être l'épouse de Nicanor, fils de son ami Proxène. Plus tard, Aristote, veuf de Pythias, eut avec une femme de Stagira, nommée Herpyllis, un fils appelé Nicomaque. On a soutenu qu'Herpyllis était une épouse légitime, que, par conséquent, Nicomaque était fils légitime et, dès lors héritier naturel de son père. Si, dit-on, il avait été bâtard, il n'aurait eu droit qu'à la νοθεῖα et sa sœur Pythias aurait été épiclère ; or, il n'y a pas trace de cela dans le testament; on y voit, au contraire, que Nicomaque doit recevoir de Nicanor des avantages bien supérieurs à la νοθεῖα. Cf. en ce sens : Zeller, *Geschichte der griech. Philosoph.*, II, 2°, p. 22 ; Bruns, *Die Testamente der griech. philosophen, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, I, *Romanistische Abth.* I, p. 16 et s. ; Dareste, *Les testaments des philosophes grecs, in Annuaire*, 1882, p. 6. Nous estimons, au contraire, qu'Herpyllis était une concubine d'Aristote et que, par suite, Nicomaque était un enfant naturel. Diogène Laërce, en effet, ainsi que l'auteur anonyme de la biographie d'Aristote, qualifient Herpyllis de παλλακή, Athénée la nomme ἑταίρα et Proclus θεράπαινα. De même, dans la traduction arabe du testament d'Aristote, il est dit : « Herpyllis, ma servante ». Dans le testament même d'Aristote, le legs fait à Herpyllis apparaît comme une récompense de ses bons services, ὅτι σπουδαία περὶ ἐμὲ ἐγένετο, et jamais Aristote ne laisse voir que ce legs s'adresserait à son épouse, à sa veuve. Il est vrai qu'Aristoclès, philosophe du IIe siècle avant J.-C., dit d'Aristote que ἔγημε τὴν Ἑρπυλλίδα, ce qui laisserait supposer un mariage véritable. Mais ce témoignage ne saurait prévaloir contre les arguments que nous avons présentés, et on doit admettre qu'Aristoclès a commis une erreur ou employé une expression inexacte en parlant de l'union d'Aristote et d'Herpyllis. Le testament du philosophe serait d'ailleurs incompréhensible si l'on admettait la légitimité de Nicomaque, tandis qu'il s'explique parfaitement dans l'hypothèse inverse. Le testateur, en effet, après avoir disposé que, quand sa fille sera en âge, elle sera donnée en mariage à Nicanor, dit : « S'il arrive malheur à cette enfant avant d'être mariée, ou après le mariage, mais qu'il y ait des enfants, Νικάνωρ κύριος ἔστω καὶ περὶ τοῦ παιδίου καὶ περὶ τῶν ἄλλων διοικεῖν

testamentaire en question comme renfermant une dispense de l'incapacité prononcée contre tout enfant adoptif de laisser un testament [1].

Cette incapacité de tester paraît, aux termes de la loi qui l'a établie, s'appliquer à tous les adoptés, quelle qu'ait été la forme de l'adoption, entre vifs ou testamentaire. En effet, la loi de Solon [2] n'accorde la faculté de tester qu'à ceux qui ne sont pas adoptés (ὅσοι μὴ ἐπεποίηντο) sans aucune distinc-

ἀξίως καὶ αὐτοῦ καὶ ἡμῶν. ἐπιμελείσθω δὲ Νικάνωρ καὶ τῆς παιδὸς καὶ τοῦ παιδὸς Νικομάχου ὅπως ἂν ἀξιοῖ τὰ περὶ αὐτῶν, ὡς καὶ πατὴρ ὢν καὶ ἀδελφός. » Puis il ajoute cette autre clause : « ἐὰν δὲ τι πρότερον συμβῇ Νικάνορι, ὃ μὴ γένοιτο, ἢ πρὸ τοῦ λαβεῖν τὴν παῖδα ἢ ἐπειδὰν λάβῃ, μήπω παιδίων ὄντων, ἐὰν μέν τι ἐκεῖνος τάξῃ, ταῦτα κύρια ἔστω. » Le droit qui est ainsi accordé à Nicanor de disposer des biens laissés par Aristote ne pourrait se comprendre si Nicomaque était un enfant légitime du philosophe, car la présence d'un fils légitime fait obstacle à ce que l'on puisse léguer son patrimoine à un tiers, dans l'espèce à Nicanor. Comme le droit attique ne connaît point l'exhérédation, ou du moins que celle-ci suppose une apokéryxis préalable, et que, d'un autre côté, Aristote, loin de songer à dépouiller Nicomaque, se montre plutôt animé d'intentions bienveillantes à son égard, on ne saurait concilier la transmission du patrimoine d'Aristote avec la légitimité de Nicomaque. On objecte, il est vrai, que celui-ci doit recevoir bien plus que la νοθεῖα de 500 ou de 1000 drachmes autorisée par la loi et que, par conséquent, ce n'est pas un νόθος. Mais, comme nous l'avons vu en étudiant la situation des enfants naturels (*supra*, t. I, p. 499), l'héritier légitime peut très bien renoncer à se prévaloir de l'incapacité des νόθοι, et, se conformant aux intentions manifestées par le père, lui donner des avantages supérieurs à la νοθεῖα. On objecte encore que si Nicomaque est un bâtard, sa sœur est une épiclère, et que le testament ne fait aucune allusion à cette situation. Nous ne pensons pas que Pythias soit une épiclère et, à notre avis, son mariage avec Nicanor s'explique de la manière suivante. Aristote, ainsi que le rapporte Ammonius, dans sa vie du philosophe (Cobet, 2, 10. Cf. Bruns, p. 19), avait de son vivant adopté Nicanor et, comme Aristote n'avait pas eu d'autre fils, Nicanor était de plein droit son héritier. C'est pour cela que le testament ne l'institue point expressément héritier, car il n'avait pas à lui donner une qualité qu'il possédait déjà. Si maintenant Nicanor doit épouser Pythias, c'est pour se conformer à la loi qui veut que le fils adoptif du testateur épouse la fille de celui-ci (v. *supra*, p. 56). Il est vrai que si Nicanor est un fils adoptif, il ne doit pas pouvoir disposer lui-même par testament des biens qui lui viennent de l'adoptant. Mais précisément, comme nous le disons au texte, cette prohibition peut être levée par l'adoptant dans l'intérêt de qui elle est établie.

(1) Cf. Schulin, p. 28.

(2) Démosthène, *C. Steph.*, II, § 14.

tion, et elle la refuse, d'une manière générale également, à ceux qui ont été adoptés (τοῖς δὲ ποιηθεῖσιν οὐκ ἐξὸν διαθέσθαι [1].

L'incapacité de tester est-elle absolue, ou n'est-elle point, au contraire, limitée aux biens que l'adopté a reçus de l'adoptant, de sorte que l'adopté aurait le droit de disposer librement des biens qu'il a lui-même apportés ou qu'il a acquis personnellement? Cette dernière solution semble assez naturelle, et elle est conforme, d'autre part, à la raison que donne Démosthène pour justifier l'incapacité en question, à savoir « que l'adopté ne doit pas pouvoir disposer des biens dont il a été investi par une adoption comme de ceux qui lui appartiennent en propre » [2]. Nous ne croyons point cepen-

(1) Cf. Boissonade, p. 58. Thalheim (sur Hermann, p. 79, note 6), estime toutefois que l'incapacité de tester était peut-être restreinte à ceux qui avaient été adoptés entre vifs et qui, de même que les fils légitimes, étaient héritiers nécessaires et saisis de l'adoptant (v. *supra*, p. 58), mais qu'elle ne s'appliquait pas à ceux qui avaient été adoptés par testament. Il invoque à l'appui de cette distinction, le passage si controversé de la loi de Solon (v. *supra*, p. 35 et s.), qu'il traduit ainsi : « Wer nicht so adoptirt ist, dass er weder verzichten darf noch seine Erbansprüche gerichtlich geltend zu machen braucht, darf vom Archontat Solons ab sein Vermœgen vermachen wie er will ». (Quicumque non ita adoptati sunt, ut neque ab adoptione decedere liceat, neque in judicio hereditatem patris adoptivi appetere opus sit, iis ex illo tempore quo Solon magistratum iniit, libero arbitrio legare liceto : traduction de Staeker). En admettant cette interprétation, on s'explique, d'après Thalheim, pourquoi dans le plaidoyer contre Léocharès (§ 68) on ne retrouve pas les mots ὥστε μήτε ἀπειπεῖν μήτε ἐπιδικάσασθαι. On peut aussi s'expliquer pourquoi, dans le § 65, l'orateur serait disposé à reconnaître la validité d'une adoption ou d'un testament par Léocratès II, car son auteur, Léocratès I, avait été adopté par le de cujus non point *inter vivos*, mais par testament ainsi que cela résulte de la comparaison du § 19 avec les §§ 46 et 61. — Cette interprétation ne nous paraît point cependant admissible, car elle suppose que les fils adoptés entre-vifs n'avaient pas la faculté de renoncer à l'adoption, ce qui est contraire aux textes que nous citons *infra* (p. 66, note 2), et qui reconnaissent cette faculté à tous les enfants adoptifs sans distinction.

(2) *Adv. Leoch.*, § 67. Cf. en ce sens Bunsen, p. 59; Gans, t. I, p. 385. Bunsen invoque à l'appui de son opinion un autre texte de Démosthène, *C. Spud.*, § 4. Ce texte ne vise pas cependant notre hypothèse, mais celle où l'adopté est retourné dans sa famille naturelle, et si, d'ailleurs, il reprend alors les biens qu'il a apportés, c'est, dans l'espèce sur laquelle raisonne l'orateur, non point en vertu de la loi, mais à la suite d'une transaction. V. *infra*, p. 68.

dant que cette solution soit celle du droit attique. En effet, les textes qui établissent contre l'adopté l'incapacité de tester sont conçus en termes généraux et absolus qui ne comportent aucune distinction entre les deux classes de biens. La distinction proposée paraît d'autant moins admissible que, dans le droit athénien, l'adoption confère à l'adoptant un droit sur les biens personnels de l'adopté, celui-ci cessant d'en être le véritable propriétaire [1].

L'incapacité de tester n'est point perpétuelle et elle disparaît lorsque l'adopté, renonçant à l'adoption, est retourné dans sa famille naturelle, conformément aux règles que nous allons exposer.

Les effets de l'adoption ne sont point, en effet, irrévocables et le droit athénien n'avait point admis que les liens artificiels de parenté résultant de l'adoption dussent avoir la même indissolubilité que ceux créés par la nature elle-même. L'adoption peut, en conséquence, être rompue d'abord, comme tout autre contrat, du consentement réciproque des deux parties, et cette rupture fait disparaître tous les droits et les obligations qui résultaient de l'adoption [2].

L'adoption ne peut point, en principe, être rompue par la seule volonté de l'une des parties [3]. Cependant cette règle comporte plusieurs exceptions, dont l'une notamment apparaît comme l'une des particularités les plus remarquables du droit attique. Ainsi d'abord la loi, se préoccupant de sauvegarder à la fois l'intérêt de la famille naturelle et

(1) V. en ce sens : Caillemer, *Droit de tester*, p. 25; Schulin, p. 13. Cf. Boissonade, p. 58.

(2) Démosthène, *C. Spud.*, § 4. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 548 ; Gide et Caillemer, p. 78.

(3) Il en est autrement d'après la loi de Gortyne (XI, 10-17). L'adoption peut être rompue par la volonté de l'adoptant déclarée publiquement sur l'agora en présence des citoyens assemblés. L'adoptant doit d'ailleurs, soit à titre de dédommagement, soit à titre de symbole, déposer au tribunal une somme de dix statères qui est remise à l'adopté. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 164; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 484.

l'intérêt religieux et national de la perpétuité des familles [1], permet à l'adopté de rentrer dans sa famille naturelle à la seule condition de laisser dans la famille adoptive un fils légitime, γνήσιος υἱός [2]. La perpétuité de cette famille étant ainsi assurée, il n'y a plus d'obstacles à la rupture de l'adoption [3]. Mais l'adopté ne peut pas retourner dans sa famille naturelle en ne laissant dans la famille adoptive qu'un fils adoptif ; ce serait faire à la loi une fraude qui n'est pas permise [4]. Ce retour est toutefois possible, dès que la condition légale est remplie, aussi bien pendant la vie du père adoptif qu'après sa mort [5].

Cette substitution au fils adoptif d'un enfant légitime de celui-ci n'est point limitée au premier degré, et il peut s'en pratiquer plusieurs successivement. Le plaidoyer de Démosthène contre Léocharès en offre un exemple remarquable. On y voit qu'un nommé Léocratès, après s'être établi, par une adoption posthume, fils adoptif d'Archiadès décédé sans enfants, retourna plus tard dans sa famille naturelle

(1) Robiou, p. 67. Cf. Perrot, *Eloquence politique*, p. 369.

(2) Isée, *De Philoct. her.*, § 44; *De Astyph. her.*, § 33; *De Arist. her.*, § 11. Harpocration, v° ὅτι οἱ ποιητοὶ, s'exprime ainsi : οἱ ποιητοὶ παῖδες ἐπανελθεῖν εἰς τὸν πατρῷον οἶκον οὐκ εἰσι κύριοι, εἰ μὴ παῖδας γνησίους καταλίποιεν ἐν τῷ οἴκῳ τοῦ ποιησαμένου. On peut rapprocher de cette condition mise au retour de l'adopté dans sa famille naturelle celle qui, en cas d'ἐποικία, est imposée à l'ἐπίοικος ou colon, lorsqu'il veut retourner dans sa ville originaire, de laisser dans la colonie, comme à Naupacte, un fils pubère ou un frère : καταλείποντα ἐν τᾷ ἑστίᾳ παῖδα ἡβατὰν ἢ 'δελφεόν. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 181 et 188.

(3) Les lois de Manou paraissent consacrer une institution semblable à celle du droit attique. Cf. B. W. Leist, p. 163, note 2 ; Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, c. 4.

(4) Schulin, p. 20. Cf. les textes cités *supra*, note 2.

(5) Le retour de l'adopté dans sa famille naturelle suppose-t-il de la part de la phratrie une intervention analogue à celle de la phratrie du père adoptif lorsqu'il est entré dans sa famille d'adoption? Cela est peu probable. Hruza, I, p. 137, note 7. Il est également à supposer que l'ἐκποίησις n'entraînait sur le κοινὸν γραμματεῖον de la phratrie d'origine aucune mention corrélative à celle qui était effectuée sur le registre de la phratrie d'adoption pour l'εἰσποίησις. Hruza, *ibid.*

en laissant son fils Léostratos dans la famille adoptive. Léostratos, imitant à son tour l'exemple de son père, rentra également dans sa famille naturelle en laissant son fils Léocratès II dans la maison d'Archiadès, faisant ainsi passer sur une troisième tête l'adoption primitive, διὰ τριῶν σωμάτων κυρίαν τὴν ἐξ ἀρχῆς ποίησιν καταστήσας [1]. Par l'effet de ces substitutions successives, Léocratès II devait être considéré comme étant directement le fils adoptif d'Archiadès, et nous aurons à exposer les conséquences de cette idée lorsque nous étudierons la matière des successions.

Le retour de l'adopté dans sa famille naturelle anéantit, en principe, tous les effets de l'adoption. Ainsi d'abord l'adopté recouvre dans sa famille naturelle tous les droits que l'adoption lui avait fait perdre, notamment le droit de succéder. Il peut également prétendre aux honneurs auxquels il aurait eu droit s'il n'en était jamais sorti [2]. Il recouvre aussi le droit de tester que l'adoption lui avait enlevé [3].

Si l'adopté ne retourne dans sa famille naturelle qu'après la mort du père adoptif, il peut ainsi recueillir tour à tour les deux successions de son père adoptif et de son père naturel. Mais conserve-t-il les biens qu'il a pu recueillir dans la succession de l'adoptant ou bien, au contraire, n'est-il point tenu de les rendre aux parents de celui-ci? La dernière solution paraît la plus équitable. Il est vrai que Démosthène, dans un de ses plaidoyers, déclare mensongère l'affirmation de son adversaire que « si l'enfant adoptif retourne

(1) Démosthène, *C. Leochar.*, § 22.

(2) On voit, dans le plaidoyer de Démosthène contre Théocrine (§ 30), qu'un décret avait accordé au jeune Charidème la nourriture au Prytanée, aux frais de l'Etat, en récompense des services rendus par son père Ischomaque. Mais Charidème ayant été adopté par Eschyle, avait cessé d'être le fils d'Ischomaque, et il ne pouvait profiter du décret qu'en reprenant cette qualité, c'est-à-dire en renonçant à l'adoption et en revenant dans la maison paternelle. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 140, note 26.

(3) Schulin, p. 13.

dans la maison paternelle, il perdra toute la fortune que son père adoptif lui a donnée.» Jamais, ajoute-t-il, pareille chose n'est arrivé à un enfant adopté [1]. Mais, un peu plus loin, il reconnaît que les juges furent d'un avis contraire et décidèrent que la fortune en question ne pouvait être recueillie par l'adopté [2]. Au surplus, dans une autre cause, compliquée de plusieurs adoptions suivies du retour des adoptés dans leur famille naturelle, le même orateur critique la prétention de l'un d'eux de vouloir conserver les biens de l'adoptant [3].

Lorsque l'adopté retourne dans sa famille naturelle du vivant de son fils, peut-il reprendre les biens propres qu'il a pu apporter à l'adoptant ainsi que ceux qu'il a pu personnellement acquérir pendant l'adoption? L'affirmative est soutenue par certains auteurs qui invoquent en ce sens un passage de Démosthène où l'on voit l'adopté reprendre les biens qu'il avait apportés [4]. Mais cette solution nous paraît contraire aux principes. Il faut, du reste, observer que, dans le texte allégué, si l'adopté reprend ses biens propres, c'est à titre de transaction (διελύθησαν), ce qui laisse croire que cette reprise, à supposer qu'elle fût consacrée par l'usage, n'était pas l'exercice d'un droit [5].

Le retour de l'adopté dans sa famille naturelle a, au surplus, pour effet de le rendre étranger à l'enfant qu'il laisse dans la famille adoptive pour continuer celle-ci et, notamment, il ne compte plus parmi ses héritiers.

(1) Démosthène, *C. Theocr.*, § 31 : ψευδόμενος, οὐδενὶ γὰρ πώποτε τοῦτο τῶν εἰσποιηθέντων συνέβη.

(2) *Ibid* : νομισάντων τῶν δικαστῶν τὸν παῖδα μέλλειν ἀποστερεῖσθαι τῶν χρημάτων.

(3) Démosthène, *Adv. Leoch.*, § 21 à 29 et 63, v. *supra*, p. 66-67. — Cf. en ce sens : Caillemer, *Droit de tester*, p. 30 ; Meier, Schœman et Lipsius, p. 548, note 187 ; Boissonade, p. 58 ; Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 78; Dareste, *Plaidoyers civils*, t. 2, p. 140, note 126.

(4) Démosthène, *C. Spudiam*, § 4. Cf. Bunsen, p. 59; Schneider, p. 29.

(5) Boissonade, p. 58 ; Caillemer, *Droit de tester*, p. 25. — Cf. Hermann-Thalheim, p. 80, note 3.

Les textes sont muets sur la forme suivant laquelle s'opère le retour de l'adopté dans sa famille naturelle. Il doit vraisemblablement s'effectuer sous la forme d'une adoption nouvelle.

L'adoption accomplie entre vifs n'est point révoquée par la survenance d'enfants légitimes de l'adoptant. L'enfant adoptif vient alors à la succession de l'adoptant en concours avec les enfants légitimes, et les biens se partagent également entre eux tous [1]. C'est la disposition formelle d'une loi rapportée par Isée [2] et qui, bien que se référant spécialement à la survenance à l'adoptant d'un fils posthume en cas d'adoption testamentaire, nous paraît être également applicable au cas de survenance d'un enfant légitime après une adoption entre-vifs [3].

La révocation arbitraire de l'adoption par l'adoptant seul n'est pas possible [4]. Il ne peut la révoquer qu'en recourant à l'ἀποκήρυξις, dans les cas et sous les conditions où cette abdication de la puissance paternelle est possible [5].

Une cause spéciale de révocation de l'adoption est le divorce de la fille héritière avec son mari adopté par le beau-

(1) La loi de Gortyne en décide autrement. D'après cette loi (X, 48-XI, 9), lorsque le père adoptif laisse des enfants légitimes, le fils adoptif n'a que les droits héréditaires attribués à une fille. En conséquence, s'il se trouve en concours avec des fils légitimes, il ne prend qu'une moitié de part, mais il prend une part entière s'il se trouve en concours avec des filles. Il semble d'ailleurs que, dans ce cas comme dans celui où le père adoptif ne laisse point d'enfants légitimes, l'adopté n'est pas héritier nécessaire et a toute liberté de refuser la part qui lui est dévolue. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 163.

(2) Isée, *De Philoct. her.*, § 63 : διαρρήδην ἐν τῷ νόμῳ γέγραπται, ἐὰν ποιησαμένῳ παῖδες ἐπιγένωνται, τὸ μέρος ἑκάτερον ἔχειν τῆς οὐσίας καὶ κληρονομεῖν ὁμοίως ἀμφοτέρους.

(3) Cf. Gide et Caillemer, *loc. cit.*, p. 76 ; Hermann-Thalheim, p. 80, note 3 ; Boissonade, p. 57 ; Caillemer, *Succession*, p. 21 ; Guiraud, p. 214.

(4) Il en est autrement d'après la loi de Gortyne (XI, 10-17). Mais l'adopté congédié a droit alors à une indemnité. Cf. Bucheler et Zitelmann, p. 163 ; Dareste, *Journal des savants*, février 1894.

(5) Schulin, p. 20. — Cf. sur l'ἀποκήρυξις, *infra*, tit. III, ch. II, sect. III, Extinction de la puissance paternelle.

père. L'adoption est alors anéantie avec la cause qui l'avait amenée. Il va de soi qu'en cas d'adoption testamentaire, celle-ci est révocable comme l'acte même qui la renferme.

L'adoption peut, d'autre part, être conditionnelle. Ainsi Philoctémon avait adopté Chérestrate, fils aîné de l'une de ses sœurs, « afin que sa maison ne restât pas vide », mais seulement sous la condition que sa femme ne lui donnerait pas d'enfant [1]. La possibilité d'une condition ne se conçoit du reste que lorsque l'adoption est réalisée par forme de testament. En effet, l'acceptation de l'adopté par la phratrie et son inscription sur les registres soit de la phratrie, soit du dème, en qualité de fils de l'adoptant paraissent, d'après les textes que nous avons précédemment cités, des actes trop solennels de la vie publique pour ne pas être considérés comme définitifs [2]. Dans un plaidoyer [3], Isée parle d'une autre espèce d'adoption conditionnelle, que nous avons déjà signalée [4]. Hagnias, sur le point de s'embarquer pour remplir une mission diplomatique adopte, pour le cas où il lui arriverait malheur [5], la fille de sa sœur, et en supposant que celle-ci vienne à manquer, il adopte son propre frère utérin Glaucon. Il y a là une combinaison de la substitution avec l'adoption. L'adoption peut enfin être conditionnelle, ainsi que nous l'avons dit en exposant les conditions de capacité de l'adoptant, lorsque celui-ci, ne laissant que des fils en bas-âge, leur substitue par testament un fils adoptif pour le cas où ils viendraient à mourir avant leur majorité.

(1) Isée, *De Philoct. her.*, § 5-7.

(2) Robiou, p 63. En supposant que Philoctémon n'eût pas subordonné l'adoption de Chérestrate à la condition en question, et qu'il eût eu ensuite un fils de son mariage, ce fils n'eût sans doute point été déshérité par l'adoption antérieure, mais il n'aurait pu que partager la succession avec son frère adoptif. V. *supra*, p. 69.

(3) *De Hagn. her.*, § 8.

(4) V. *supra*, p. 43, 44.

(5) Le plaidoyer d'Isée sur la succession d'Apollodore (§ 9) nous fournit un autre exemple d'adoption conditionnelle faite à peu près dans les mêmes circonstances. Cf. Van den Es, p. 90.

L'adoption produit des effets particuliers au point de vue de la transmission du patrimoine, lorsqu'elle a lieu dans l'hypothèse spéciale où le défunt laisse une ou plusieurs filles légitimes. Il faut distinguer, à cet égard, suivant que le père a légué en même temps à l'héritier institué sa fille et ses biens, ou qu'il n'a légué que sa fille. Dans le premier cas, l'héritier, bien qu'obligé d'épouser la fille du testateur, tient l'hérédité de sa vocation personnelle établie par le testament ; les biens légués demeurent sa propriété exclusive. En conséquence, il ne doit en rendre compte, pas plus que de ses autres biens, ni à la fille qu'il a épousée, ni à ses enfants [1]. D'autre part, le fils qui vient à naître de ce mariage n'est point considéré comme l'héritier direct de son grand-père maternel ; mais il devient plus tard héritier de son père naturel (l'enfant adoptif), à moins que celui-ci n'use de la faculté de retourner dans sa famille naturelle en laissant à sa place son fils légitime [2]. Mais il se peut que le père n'ait légué que sa fille sans parler de la propriété de ses biens. En ce cas, le mari ne devient pas propriétaire de la succession [3]; celle-ci appartient à la fille qui est alors dans la situation d'une épiclère, le mari adopté ayant lui-même la qualité de plus proche parent de l'épiclère et, par suite, le droit et même l'obligation d'épouser la fille. La succession peut sans doute être soumise, à titre de dot, à la jouissance du mari. Mais s'il naît un enfant mâle du mariage, c'est à celui-ci que les biens du grand-père maternel seront restitués par la mère lorsque cet enfant aura atteint sa majorité ; il sera considéré dès lors comme un fils adoptif posthume de son aïeul maternel [4]. Si enfin le testateur n'a légué que ses biens sans dis-

(1) Cf. Hruza, I, p. 119, 120.

(2) Cf. Hafter, p. 29. — Cet auteur ne distingue point cependant suivant les différentes circonstances de fait que nous indiquons.

(3) Boissonade, p. 54 ; Hruza, I, p. 122 ; Hafter, *loc. cit.* V. toutefois Desjardins, p. 612.

(4) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 73. Cf. *supra*, t. I, p. 155. Il y a là une analogie

poser en même temps de sa fille au profit de l'héritier institué, le testament est nul, ainsi que nous l'avons vu [1], et la succession est dévolue *ab intestat*.

frappante avec le droit hindou. Lois de Manou, IX, 127-140. Boissonade (p. 54, note 5) se demande si, lorsqu'il naît du mariage plusieurs enfants mâles, l'aîné sera seul héritier de l'aïeul ou s'ils le seront tous et par égales portions. Cette dernière solution lui paraît la plus probable et la plus conforme au principe de l'égalité entre les héritiers.

(1) V. *supra*, p. 31.

TITRE III

L'AUTORITÉ DANS LA FAMILLE

CHAPITRE I

PUISSANCE MARITALE.

Nous avons précédemment exposé, en étudiant les effets du mariage relativement aux époux, le caractère et les effets de la puissance maritale dans le droit attique [1]. Nous ne reviendrons point sur nos explications antérieures. Nous nous bornerons à rappeler que, à notre avis du moins, la femme peut, pendant le mariage, être soumise à deux autorités différentes, celle de son kyrios et celle de son mari. La puissance de ce dernier sur sa femme ne peut donc s'exercer dans toute son étendue que dans le cas exceptionnel, mais assez fréquent, où il est investi en même temps des fonctions tutélaires.

(1) *Supra*, t. I, p. 214 et s.

CHAPITRE II

PUISSANCE PATERNELLE

SECTION I

Généralités

Dans les anciennes législations, à la différence de ce qui a lieu dans le droit moderne, la puissance paternelle est organisée non point, comme cela doit être rationnellement, dans une vue de protection pour l'enfant, mais dans l'intérêt presque exclusif du père. Cette conception n'a, du reste, rien de surprenant si l'on songe qu'à l'époque où les anciens Etats sont arrivés à se former, la famille était la seule organisation sociale connue et que c'est dans l'intérieur de la famille que s'est formé tout le droit privé. « Lorsque, comme le dit Fustel de Coulanges [1], la cité a commencé à écrire ses lois, elle a trouvé ce droit déjà établi, vivant, enraciné dans les mœurs, fort de l'adhésion universelle. Elle l'a accepté, ne pouvant pas faire autrement, et elle n'a osé le modifier qu'à la longue. L'ancien droit n'est pas l'œuvre d'un législateur ; il s'est, au contraire, imposé au législateur. C'est dans la famille qu'il a pris naissance ». Il a donc dû découler nécessairement des idées religieuses qui étaient universellement

(1) *Cité antique*, liv. II, ch. 8.

admises dans l'âge primitif des peuples de race aryenne et qui, dans l'intérieur de la famille, confiaient une autorité absolue au père, beaucoup moins en sa qualité de père qu'en celle de pontife du culte domestique [1].

Le droit romain offre le type par excellence des anciennes législations qui ont envisagé sous cet aspect les pouvoirs du père sur ses enfants (comme d'ailleurs sur sa femme). Le *paterfamilias* y est le chef du culte domestique à ce point que, en principe, ses enfants ne peuvent, tant qu'il vit, avoir de *sacra* qui leur soient propres; les fils de famille sont également incapables d'avoir un patrimoine à eux, et leur personne physique est à l'entière disposition du père de famille [2].

Le droit grec primitif a pareillement admis, selon nous, une organisation semblable de la famille et de l'autorité dans le sein de celle-ci, car en Grèce, comme à Rome, le père de famille apparaît avant tout comme le chef du culte domestique et, à Athènes notamment, les éléments de la puissance paternelle sont, sauf quelques différences de détail, les mêmes que dans le droit romain. On a cependant émis

(1) Suivant Guiraud (p. 49), la puissance paternelle ne dériverait pas de la religion. « Le père, dit-il, n'était point le maître parce qu'il était chargé d'honorer et de prier les ancêtres; c'est plutôt, semble-t-il, le culte des ancêtres qui eut sa source dans l'autorité despotique du père. Si celui-ci devenait presque un dieu après sa mort et recevait à ce titre les hommages de ses descendants, cela tient à l'énormité du pouvoir qu'il avait eu pendant sa vie. Les esprits ne concevaient pas que ce pouvoir fût anéanti par la mort ; on continuait de l'attribuer au père qui avait brusquement disparu, et sa famille se croyait forcée de marquer au défunt la même déférence qu'autrefois : de là le culte, à moitié intéressé, dont on l'entourait ». La puissance du père s'explique peut-être, d'après le même auteur, par l'idée que les anciens, les Grecs notamment, se faisaient de la génération, persuadés que dans cet acte, la part du père est beaucoup plus considérable que celle de la mère. Cf. Eschyle, *Agamemnon*, 657 et s. ; Euripide, fr. 887 (Didot). Mais, à notre avis, si des considérations d'ordre physiologique peuvent justifier, dans une certaine mesure, la prépondérance du père, elles sont insuffisantes à expliquer la puissance paternelle telle que l'avaient conçue les anciens peuples aryens.

(2) Cf. Accarias, I, n° 75.

l'opinion contraire et prétendu qu'il n'y a rien de commun entre la *patria potestas* du droit romain et la puissance paternelle des Grecs [1]. C'est une manière de voir que pourrait favoriser le soin jaloux que les jurisconsultes romains mettent, même encore sous Justinien, à revendiquer comme une institution propre à leur patrie celle de la *patria potestas* [2]. Certain passage de Denys d'Halicarnasse [3] serait également propre à laisser croire que les anciens législateurs de la Grèce, comme Solon, Pittacus et Charondas, avaient organisé la puissance paternelle d'après des vues analogues à celles qui ont prévalu chez les législateurs modernes, en n'accordant au père de famille qu'un droit de correction et d'exhérédation. On a fait aussi observer, dans le même sens, que le droit grec n'a point d'expression technique pour désigner le pouvoir du père sur ses enfants, d'où il semblerait résulter qu'il ne connaît point la puissance paternelle, du moins dans sa conception primitive et rigoureuse, telle que la révèle le mot *potestas* [4] des Romains.

Ce serait cependant, à notre avis, une erreur de croire que, sur ce point spécial de l'organisation de la famille, le développement du droit ait tellement différé à Rome et à

(1) Van den Es, p. 101-102 : « Patria potestas apud Athenienses magis est tutela quam potestas, ideoque quam maxime ab eodem instituto apud Romanos abhorret. » Cf. Hermann-Blümner, p. 75.

(2) Instit. § 2, *De patr. potest.*, I, 9 : « Jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum : nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus. » Cf. Gaius, I, 55.

(3) II, 26 : Οἱ μὲν γὰρ τὰς Ἑλληνικὰς καταστησάμενοι πολιτείας βραχύν τινα κομιδῆ χρόνον ἔταξαν ἄρχεσθαι τοὺς παῖδας ὑπὸ τῶν πατέρων, οἱ μὲν ἕως δεύτερον ἐκπληρώσωσιν ἀφ' ἥβης ἔτος, οἱ δὲ ὅσον ἂν χρόνον ἤϊθεοι μένωσιν, οἱ δὲ μέχρι τῆς εἰς τὰ ἀρχεῖα τὰ δημόσια ἐγγραφῆς, ὡς ἐκ τῆς Σόλωνος νομοθεσίας καὶ Πιττακοῦ καὶ Χαρώνδου ἔμαθον, οἷς πολλὴ μαρτυρεῖται σοφία. τιμωρίας τε κατὰ τῶν παίδων ἔταξαν ἐὰν ἀπειθῶσι τοῖς πατράσιν, οὐ βαρείας, ἐξελάσαι τῆς οἰκίας ἐπιτρέψαντες αὐτοὺς καὶ χρήματα μὴ καταλιπεῖν, περαιτέρω δὲ οὐδέν· τοιγάρτοι πολλὰ ἐν Ἕλλησιν εἰς πατέρας ὑπὸ τέκνων ἀσχημονεῖται. Cf. Dion Chrysostome, XV, 20, p. 240, m, *infra*, p. 96, note 1.

(4) Cf. sur la racine de ce mot, B. W. Leist, p. 57.

Athènes. Nous estimons, au contraire, que le caractère de la puissance paternelle a été originairement le même dans les deux cités; seulement, à Athènes, il s'est modifié dans le sens moderne beaucoup plus rapidement qu'à Rome en raison de certaines circonstances particulières que nous aurons à rechercher.

Le principe de la divergence qui, à un moment donné, s'est produite et s'est vite accentuée entre le droit attique et le droit romain relativement à la puissance paternelle, provient de ce que ce dernier est resté beaucoup plus longtemps imprégné des idées religieuses qui avaient présidé à l'organisation primitive de la famille. Or ces idées exigeaient la perpétuité de la puissance paternelle, du moins du vivant du père. La nature ne commande, sans doute, la subordination du fils au père que pendant un certain temps; mais la religion exigeait d'avantage. Comme le dit encore Fustel de Coulanges [1] : « La nature fait au fils une majorité; la religion ne lui en accorde pas. D'après les antiques principes, le foyer est indivisible et la propriété l'est comme lui ; les frères ne se séparent pas à la mort de leur père ; à plus forte raison ne peuvent-ils se détacher de lui de son vivant. Dans la rigueur du droit primitif, les fils restent liés au foyer du père et, par conséquent, soumis à son autorité ; tant qu'il vit, ils sont mineurs ». A Rome, pendant tout le temps de la République, l'ancienne règle fut scrupuleusement conservée; le fils ne put jamais entretenir un foyer particulier du vivant de son père et, même marié et ayant des enfants, il demeurait toujours en puissance. A Athènes, au contraire, la puissance paternelle cessa assez tôt d'être perpétuelle pour prendre fin à l'époque de la majorité du fils, et ce fait influa gravement sur le caractère des pouvoirs exercés par le père. La famille cessa par cela même de conserver son indépendance absolue vis-à-vis de

(1) *Loc. cit.*

l'Etat, et celui-ci, considérant d'assez bonne heure les individus moins comme des membres d'une famille que comme des citoyens, put en conséquence subordonner aux droits et aux obligations naissant de la cité ceux qui dérivaient de la famille [1].

Quant aux circonstances qui ont amené à Athènes cette conception nouvelle de la puissance paternelle, elles sont à la fois d'ordre économique, d'ordre politique et d'ordre intellectuel. Si, à Rome, cette puissance a conservé plus longtemps sa physionomie primitive, la cause en est principalement dans ce fait que, chez un peuple agricole, comme le peuple romain, la famille était naturellement beaucoup plus concentrée, et l'agnation, toujours conservée avec la même force, rappelait en quelque sorte l'organisation patriarcale. A Athènes, au contraire, où la population était plutôt commerçante qu'agricole, les nécessités de la vie obligeaient les membres d'une même famille à déployer fréquemment leur activité dans des contrées lointaines et, pour le succès de leurs opérations commerciales, il était nécessaire qu'ils jouissent d'une indépendance incompatible avec l'ancienne conception de la puissance paternelle. A Rome, d'autre part, la famille n'eut pendant longtemps en face d'elle que l'Etat qui, pour des motifs que nous n'avons pas à indiquer ici, se désintéressait presque entièrement de ce qui se passait dans l'intérieur de la famille. A Athènes, la famille eut très tôt à compter avec une association religieuse également indépendante de l'Etat, mais qui, composée précisément des divers citoyens se rattachant de plus ou moins loin à des ancêtres communs, possédant le même culte, les mêmes divinités spéciales, eut une tendance toute naturelle à s'immiscer dans le gouvernement des diverses familles qui se rattachaient à elle et à contrôler les pouvoirs de leurs chefs : nous voulons parler de la phratrie. C'est

(1) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 527.

ainsi que, comme nous l'avons vu, la phratrie est mêlée aux actes les plus importants de la vie de famille, le mariage, la constatation de la filiation, l'adoption. Si, à l'époque des orateurs, le rôle de la phratrie à ces divers points de vue a sensiblement diminué d'importance, il n'est pas douteux qu'il ait été beaucoup plus actif à l'époque où les phratries formaient les éléments constitutifs de la cité. En présence de la phratrie, la famille cessa de former un groupe autonome et absolument indépendant, et cette intervention de la phratrie prépara et amena celle de la cité. Avec les réformes de Solon et surtout avec celles de Clisthène, l'Etat s'émancipa complètement des associations religieuses et, devenu en quelque sorte purement laïque, il ne considéra plus que l'individu et se crut autorisé à réglementer les rapports des pères avec leurs enfants. Ce qui contribua, d'autre part, à adoucir ces rapports, ce fut la communauté de vie militaire et politique qui réunissait dans l'armée et dans les réunions publiques le père et le fils. Discutant à l'assemblée sur un pied d'égalité, votant, jugeant et administrant au même titre, le père et le fils ne pouvaient plus évidemment, dans le sein de la famille, se retrouver dans ce rapport de subordination que commandait l'antique religion. Il faut observer enfin que l'esprit philosophique se développa à Athènes d'assez bonne heure, et que toutes les institutions de droit public ou privé furent soumises au libre examen de philosophes très écoutés. Aristophane calomnie évidemment Socrate lorsqu'il attribue à ses enseignements la conduite malhonnête de Phidippide envers son père Strepsiade. Mais il n'en est pas moins certain que les leçons du philosophe et celles des grands penseurs de l'époque ont fortement contribué à modifier les bases de l'organisation de la famille. On en arriva alors à cette notion de la puissance paternelle que nous donne Aristote [1], lorsqu'il dit que l'autorité du père sur ses enfants

(1) *Politique*, liv. I, ch. 5, § 1. — V. *supra*, t. I, p. 217, note 1.

est « toute royale » et qu'elle a pour fondement l'âge et l'affection [1].

Cette notion n'en est pas moins relativement récente et cela n'empêche point, à notre avis, que la puissance paternelle n'ait eu originairement, dans le droit attique, le même caractère qu'à Rome. Le père de famille athénien, de même que le *paterfamilias* romain, apparaît, au début, comme le tuteur et le représentant exclusif de toute la famille vis-à-vis des hommes et des dieux. C'est en lui que s'incarne toute la série des ancêtres et que se concentre la religion domestique [2]. A la fois pontife, magistrat et justicier, il a sur la personne et les biens de ses enfants les mêmes pouvoirs que le *paterfamilias* à Rome. En vain, pour prouver que le droit attique n'a pas connu la *patria potestas* des Romains, dit-on que ce droit ne possède pas d'expression technique pour désigner une telle puissance. Nous répondrons qu'à Athènes le père est qualifié de κύριος de ses enfants, et que cette expression, bien qu'elle soit employée quelquefois dans d'autres sens [3], présente une idée de force et de pouvoir au moins aussi énergique que l'expression romaine. Il ne faut point, d'autre part, attacher une grande importance à ce que disent Gaïus et Justinien que la *patria potestas* est un *jus proprium civium romanorum*. Cela signifie simplement que cette puissance appartient au *jus*

(1) Cauvet (p. 170) observe très justement que si une pensée aristocratique, le désir de la conservation des familles, domine dans la législation athénienne concernant le droit de famille, la constitution du pouvoir parternel y repose sur un principe opposé, et que le peu d'étendue de ce pouvoir et sa durée limitée attestent l'influence de la démocratie. « L'autorité exercée par le père, dans l'intérieur de la famille, dit-il, se modèle toujours sur celle départie aux corps politiques qui gouvernent l'Etat. Les idées d'indépendance et de nivellement que la démocratie amène avec elle ne sauraient tolérer l'existence d'une magistrature domestique forte et bien constituée ».

(2) Petersen, *Der geheime Gottesdienst bei den Griechen*, p. 33 et s. ; Preuner, *Hestia-Vestia*, p. 43 et s.

(3) V. *infra*, p. 153.

civile et que le droit romain ne la reconnaît que chez le citoyen romain, mais cela ne veut pas dire qu'elle n'existât pas ailleurs et ne fût reçue par aucune législation étrangère, en Grèce notamment. Ce qu'il y a de vrai seulement c'est que, dans le droit grec, et à Athènes spécialement, la puissance paternelle a été réglementée, dès le ve siècle avant Jésus-Christ, suivant des principes semblables à ceux qui à Rome n'ont fini par être admis que dans le droit impérial et même assez tard. A Athènes, d'ailleurs, les liens de la puissance paternelle ne se sont ainsi relâchés que vis-à-vis des fils. Cette puissance a, au contraire, toujours subsisté, sinon avec la rigueur primitive, du moins avec le même caractère à l'égard des filles. Nous verrons, en effet, en étudiant la tutelle des femmes, que celles-ci sont toujours en puissance de kyrios, qualité qui appartient à leur père tant qu'il vit, et que les pouvoirs du kyrios sur sa pupille sont très étendus et peuvent même paraître exorbitants.

On a fait, au sujet de la *patria potestas* romaine, une observation très juste, en disant que si cette puissance est organisée dans l'intérêt immédiat du père, cet intérêt n'est pas le but dernier de l'institution et que, bien qu'appartenant au droit privé, elle est également conçue dans une vue politique [1]. Cette observation est également vraie pour le droit attique, en tenant compte naturellement du caractère spécial que la puissance paternelle a revêtu dans la législation athénienne.

Cette puissance a, comme nous l'avons dit, pour principe et pour condition, la communauté de culte domestique. Elle ne peut donc s'étendre que sur les enfants qui participent à ce culte, c'est-à-dire sur les enfants nés du mariage. Quant aux enfants naturels, qui sont exclus de l'ἀγχιστεία ἱερῶν, s'ils sont soumis, comme nous l'avons admis [2], à la *reverentia*

(1) Accarias, I, n° 75.
(2) V. *supra*, t. I, p. 503.

envers leur père, ils ne sont point assujetis à sa puissance, comme peuvent l'être, dans les législations modernes, les enfants naturels reconnus par leur père. Nous supposerons donc toujours, dans les explications que nous allons donner sur les effets de la puissance paternelle, qu'il s'agit d'enfants nés dans le mariage ou d'enfants adoptifs qui leur sont assimilés.

SECTION II

B. *Effets de la puissance paternelle.*

Nous avons précédemment indiqué, en traitant de la filiation légitime, un certain nombre d'obligations dont les enfants sont tenus envers leurs parents, comme l'obligation d'aliments et la *reverentia*; mais ce sont là, à notre avis, plutôt des effets de la filiation que des effets de la puissance paternelle. Nous n'avons à nous préoccuper ici que des droits que cette puissance confère, comme telle, à celui qui l'exerce.

Le droit le plus considérable que la *patria potestas* attribue au père de famille romain sur ses enfants, c'est le *jus vitæ necisque*, droit qui, théoriquement, lui a été reconnu très longtemps, puisqu'il se trouve encore consacré dans la formule d'adrogation que nous donnent Cicéron et Aulu-Gelle. Ce droit a-t-il été également admis dans la législation athénienne? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Nous avons, en effet, à ce sujet, le témoignage d'Eschine qui admet l'existence à une certaine époque du droit pour le père de condamner à mort sa fille lorsque celle-ci s'était laissé séduire. Après avoir vanté la sévérité des mœurs spartiates et rappelé le châtiment qu'en pareil cas le père de famille infligeait à sa fille, et consistant à l'enfermer avec un cheval dans une maison déserte, pour qu'elle y mourût de faim, il ajoute, en s'adressant aux Athéniens: « καὶ ἔτι καὶ νῦν τῆς οἰκίας ταύτης

ἔστηκε τὰ οἰκόπεδα ἐν τῷ ὑμετέρῳ ἄστει, καὶ ὁ τόπος οὗτος καλεῖται Παρ' ἵππον καὶ κόρην [1]. Que ce droit du père se soit étendu sur les fils en puissance aussi bien que sur les filles, c'est ce qui résulte également, à notre avis, du droit incontestable qu'il possède d'exposer les enfants nouveau-nés, car l'exposition peut quelquefois n'être qu'un meurtre déguisé.

Le *jus vitæ necisque*, s'il a existé à Athènes [2], ce qui nous paraît très vraisemblable, a dû cependant disparaître d'assez bonne heure. On a prétendu, il est vrai, que Solon l'aurait encore reconnu, et cela, non seulement au père, mais même à la mère : ils auraient pu l'un et l'autre, en vertu d'une loi περὶ τῶν ἀκρίτων, mettre à mort leurs enfants. Mais cette opinion nous paraît inadmissible. Elle ne repose, en effet, que sur le témoignage de rhéteurs du IIIe et même du VIe siècle après Jésus-Christ qui, le plus souvent, ont rapporté très légèrement les règles d'une législation qu'ils ne connaissaient qu'imparfaitement en raison même de la distance qui les en séparait. Cette affirmation, qui est du reste contredite par le témoignage d'un autre rhéteur [4], serait inconciliable avec l'esprit général de la législation solonienne. Le législateur qui, d'après Plutarque, a interdit la

(1) Eschine, *Adv. Timarch.*, § 182. L'orateur ajoute immédiatement : Ὁ δὲ Σόλων ὁ τῶν νομοθετῶν ἐνδοξότατος γέγραφεν ἀρχαίως καὶ σεμνῶς περὶ τῆς τῶν γυναικῶν εὐκοσμίας.

(2) Une inscription de Delphes (*Bulletin*, 1893, p. 383, n° 80) accorde même à une femme le droit de vie et de mort sur son enfant nouveau-né. Elle porte : « Si Diocléa vient à avoir un enfant pendant le temps qu'elle demeurera chez son maître, une fois affranchie, elle pourra, si elle le veut, l'étouffer (ἀποπνεῖξαι); si elle préfère le nourrir, elle le pourra, mais, en aucun cas, elle ne pourra vendre son enfant. » Le *jus vitæ necisque* apparaît ici comme moins rigoureux que le droit de vente.

(3) Meursius, *Themis attica*, c. 2, qui cite en ce sens les témoignages suivants. Sextus Empiricus, *Pyrrh. Hypotyp.*, liv. III, § 24 : καὶ ὁ Σόλων Ἀθηναίοις τὸν περὶ τῶν ἀκρίτων νόμον ἔθετο, καθ' ὃν φονεύειν ἑκάστῳ τὸν ἑαυτοῦ παῖδα ἐπέτρεψε. Hermogenes, *de Invent.*, liv. I, c. I : ἐνώπιον τις τῆς μητρὸς ἀπέκτεινε τὸν υἱὸν κατὰ τῶν ἀκρίτων νόμον. Sopater, *Divis. Quæst.* : ἐξεῖναι καὶ μητράσιν ἀκρίτους ἀναιρεῖν τοὺς παῖδας.

(4) Libanius, *Declam.*, XXXIV.

vente des filles et des sœurs par leurs kyrioi, ne pouvait évidemment reconnaître en même temps au père de famille le droit de vie et de mort sur ses enfants. L'adoucissement général de la législation sous Solon est attesté par tous les auteurs. C'est ainsi que, d'après Denys d'Halycarnasse, les peines que Solon aurait permis au père de famille d'infliger à ses enfants n'étaient point βαρεῖαι [1]. De même Eschine, lorsqu'il parle du droit que le père possédait à l'égard de sa fille, a soin de marquer l'opposition entre cette législation rigoureuse et les nouvelles lois établies par Solon [2]. On doit, au surplus, attribuer d'autant moins d'autorité aux témoignages cités par Meursius, que Sopater va jusqu'à reconnaître à la mère le *jus vitæ necisque*, ce qui est manifestement inadmissible [3]. Il est enfin une raison très sérieuse pour refuser au père le droit de mort : c'est que, dans les idées des peuples aryens, ce droit n'est point considéré comme un droit arbitraire d'anéantissement, mais bien plutôt comme l'exercice d'un pouvoir pénal domestique. Il a donc dû naturellement disparaître à Athènes dès que la puissance paternelle se trouva limitée par la majorité de l'enfant, car il ne peut guère être question de l'exercice d'un pareil pouvoir pénal sur des mineurs, les seuls qui soient soumis à la puissance de leur père [4].

(1) V. *supra*, p. 76, note 3.

(2) V. *supra*, p. 83, note 1.

(3) Cf. en ce sens : Wachsmuth, II, p. 168 ; Van Stegeren, p. 88 ; Platner, *Process*, II, p. 242 ; Van den Es, p. 123 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 528 ; Schœmann-Galuski, I, p. 571 ; Ciccotti, p. 81 ; Hermann-Blümner, p. 76 ; B. W. Leist, p. 60 ; Telfy, p. 599, n° 1334.

(4) Cf. B. W. Leist, p. 60. Un passage de Plaute (*Heautont.*, IV, I, 22) pourrait laisser croire que le *jus necis* s'est exercé beaucoup plus tard encore. On y voit, en effet, un père se plaindre que sa fille ait été non pas tuée, selon ses ordres, mais exposée, et, par cet abandon, livrée peut-être à l'esclavage et à l'infamie. Cf. Schœmann-Galuski, I, p. 571, note 2. Nous ne croyons pas cependant pouvoir tirer une semblable conclusion d'un texte où il n'y a peut-être qu'une fiction de comédie. Il faut aussi observer qu'il s'a-

Un droit analogue à celui dont nous venons de parler, et qui appartient au père de famille, est celui d'exposer les enfants nouveau-nés [1]. C'est un droit qui, comme le *jus vitæ necisque*, s'explique principalement, chez tous les peuples d'origine aryenne, par la constitution religieuse de la famille. La filiation, même incontestée, ne suffit point pour entrer dans le cercle sacré de la famille; il faut, en outre, le consentement du chef religieux et l'initiation au culte. Tant que l'enfant n'est pas associé au culte domestique, il n'est rien pour le père et, dès lors, celui-ci a le droit de l'écarter de son foyer, sinon en le mettant à mort, du moins en l'exposant [2]. Aussi les traditions dérivées des sources les plus lointaines et les plus variées parlent-elles fréquemment d'enfants divins ou mortels dont le chef de famille a voulu se débarrasser [3], et, dans les temps historiques, la coutume barbare de l'exposition est généralemement pratiquée dans toutes les cités grecques, notamment à Sparte, à Gortyne, à Thèbes, à Delphes et à Sicyone [4].

C'est à Athènes surtout que cette coutume paraît avoir été en vigueur. Aristophane [5], qui nous donne à ce sujet des indications précieuses, parle de l'exposition des enfants comme d'une chose toute naturelle. Il faut que ce fait ait

git, dans ce passage, d'un enfant nouveau-né et qu'en fait l'exposition de cet enfant, tolérée par la loi peut entraîner sa mort.

(1) Cf. sur l'exposition des enfants dans le droit grec : Petit, *Misc. observ.* III, 16, p. 184; Noodt, *Julius Paulus seu de partus expositione et nece apud veteres, in Opera omnia*, p. 565 et s.; Wichmann, *De more Græcorum infantes exponendi* (Wittenberg, 1753); Becker, *Die Behandlung verlassener Kinder im klass. Alterthume* (Frankf. a. M. 1872); Glotz, *in* Daremberg et Saglio, v° *Expositio*, et les auteurs cités aux notes suivantes.

(2) Cf. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, c. 8.

(3) V. les cas cités par Post, *Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit und die Enstehung der Ehe*, p. 135, 142; Glotz, *in* Daremberg et Saglio, v° *Expositio*, p. 930.

(4) Cf. Glotz, *loc. cit.*

(5) *Nub.*, 531-532; *Ran.*, 1190.

été assez fréquent pour qu'il ait pu servir aussi souvent de sujet aux auteurs de la nouvelle comédie, comme Plaute et Térence [1] Il n'était point d'ailleurs mal vu par l'opinion publique et les philosophes eux-mêmes, dans leurs conceptions les plus purement idéales, conservent l'odieux usage en raison de l'utilité qu'ils lui trouvent de prévenir un excédent indéfini des naissances sur les décès, excédent dangereux pour les cités d'un pays dont le sol ne semblait pas capable de nourrir un homme de plus qu'il ne le fallait [2]. Aussi l'exposition des enfants est-elle pratiquée dans toute les classes de la société, et même quelquefois dans les familles favorisées de la fortune, pour qui c'était un moyen de prévenir le morcellement du patrimoine paternel [3]. C'était surtout des filles qu'on cherchait à se débarrasser au moyen de l'exposition, car la fille est considérée comme « un fardeau gênant et incommode » [4] ; elle ne tient aucun rang dans la cité et elle est impropre à perpétuer le culte domestique. Aucune obligation politique ou religieuse ne contraint donc le père à l'élever [5].

L'exposition des enfants est un acte accompli par le père de famille dans l'exercice de sa puissance paternelle [6].

(1) Cf. Schœmann-Galuski, t. I, p. 571; Wallon, I, p. 560.

(2) Cf. Platon, *Respubl.*, V, p. 459 et s.; Aristote, *Polit.*, II, 3, 6; IV, 14, 6 et s. Cf. Glotz, *loc. cit.*, p. 938.

(3) Musonius, *in* Stobée, *Flor.*, LXXXIV, II : ὃ δὲ μοί δοκεῖ δεινότατον, οὐδὲ πενίαν ἔνιοι προφασίζεσθαι ἔχοντες ἀλλ' εὔποροι χρημάτων ὄντες, τινὲς δὲ πάνυ καὶ πλούσιοι ὅμως τολμῶσι τὰ ἐπιγινόμενα τέκνα μὴ τρέφειν, ἵνα τὰ προγενόμενα εὐπορῇ μᾶλλον. Cf. les fragments de Hiéroklès et de Posidippos cités *ibid*, LXXV, 14 et LXXVII, 7 et 8.

(4) Ménandre, Suppl. *aux Sentences monostiches*, 113.

(5) Lallier, p. 177; Schœmann-Galuski, IV, p. 571. Le fragment précité de Posidippos dit que « pour un fils, on l'élève toujours, fût-ce dans la plus extrême pauvreté; une fille on l'expose, alors même que l'on serait riche ».

(6) L'exposition n'était point seulement pratiquée par le père, mais encore et assez souvent par des jeunes filles séduites qui voulaient ainsi supprimer la preuve de leur honte. Elles devaient d'autant plus être disposées à le faire qu'elles pouvaient, si leur déshonneur était connu, être chassées de la maison paternelle et même légalement vendues (Plutarque, *Solon*, 23). Tant que l'autorité

Quand il lui naît un enfant, la question se pose pour lui de savoir s'il l'élèvera ou l'exposera. Elle se trouve résolue pour les ἀμφιδρόμια, fête de famille qui se célèbre le cinquième jour après la naissance de l'enfant [1]. On pourrait croire, d'après un passage de Platon [2], que cette cérémonie était rigoureusement accomplie dans tous les cas et que là, devant l'autel d'Hestia, le père décidait souverainement et proclamait officiellement s'il gardait l'enfant ou l'abandonnait. Mais il est préférable d'admettre que la célébration même des Amphidromia décidait implicitement la question. Le père qui ne voulait pas reconnaître son enfant, n'avait aucun intérêt à donner de l'éclat à son refus. En s'abstenant de fêter les Amphidromia, il manifestait par là même son intention d'écarter de la famille le nouveau-né ; mais, au contraire, en les fêtant, il le recevait par ce fait même à son foyer. L'exposition de l'enfant était la conséquence du défaut de célébration des Amphidromia, ou, en d'autres termes, du désaveu de paternité qui résultait de ce fait.

La mort est le destin assez probable de tout enfant exposé, c'est celui que prévoient les parents et, dans la nouvelle comédie, exposer un enfant, c'est le condamner à périr [4]. Il

paternelle conserva une force réelle, la crainte d'une peine aussi rigoureuse dut fréquemment déterminer les femmes, dont Créuse est le type, à l'acte désespéré de l'exposition, malgré l'amour qu'elles pouvaient éprouver pour leurs enfants (Cf. Glotz, *loc. cit.*, p. 930, 931). Nous n'avons point d'ailleurs à nous préoccuper ici de ce genre d'exposition, mais seulement de celle qui apparait comme un acte fondé sur la puissance paternelle.

(1) V. Saglio, *in* Daremberg et Saglio, v° *Amphidromia* ; Hermann-Blümner, p. 281.

(2) *Theaet.*, p. 160 e, 161 a.

(3) Glotz, *loc. cit.*, p. 931. Cet auteur observe, avec raison, que le père n'avait pas besoin de prendre l'avis du conseil de famille pour résoudre la question. Mais, ajoute-t-il, il n'en a pas toujours été ainsi. La présence de la famille aux Amphidromia rappelle que, dans les temps les plus reculés, la question était résolue par le γένος, siégeant comme tribunal privé, par conséquent bien plutôt selon les vues du βασιλεύς que du père naturel.

(4) Cf. Plaute, *Cistell.*, I, 3, 18, v. 168; Térence, *Hecyr.*, IV, 1, 17, v. 53[illegible].

peut aussi arriver, mais plus rarement, que l'enfant abandonné soit recueilli, soit par pure philanthropie, soit par intérêt, lorsque, par exemple, on voulait adopter un fils, ou qu'une femme, simulant une grossesse, se procurait un enfant pour prévenir une répudiation fondée sur sa stérilité. Les enfants peuvent également être élevés par des particuliers désireux de se procurer de cette manière un esclave qu'ils dresseront eux-mêmes [1]. Mais, en définitive, on se risquait peu à élever ainsi soit à titre de père, soit à titre de maître les enfants exposés, et il y en avait une raison juridique très sérieuse tenant à la condition de ces enfants. C'est qu'en effet, l'exposition, simple fait, n'entraîne nullement l'extinction du droit de puissance du père de l'enfant ; l'indignité même des parents n'est point, comme dans le droit moderne, une cause de déchéance. Dès lors, celui qui a recueilli l'enfant n'a de droits sur lui qu'en l'absence de toute opposition de la part du père, et cela quelle qu'ait été sa conduite vis-à-vis de l'enfant. En supposant qu'il l'ait adopté, l'adoption ne peut être définitive, car cet acte n'est valable, comme nous l'avons vu, que si l'adoptant a obtenu le consentement de celui qui a la puissance sur l'enfant, et l'εἰσποίησις est insuffisante pour créer un nouveau lien de filiation civile, si elle n'est accompagnée de l'ἐκποίησις [2]. De même, si l'enfant a été recueilli en qualité d'esclave, on ne peut dire qu'il est devenu, comme bien vacant, la propriété définitive de celui qui l'a élevé, et l'enfant peut être revendiqué ultérieurement par son père. Celui-ci peut donc, à tout instant, faire valoir une autorité qu'il a pu laisser sommeiller sans la perdre et, s'il est quelquefois déchu de ses droits, ce ne peut être par le seul fait de l'abandon, mais seulement par la vente de son enfant, du moins à l'époque où cette vente était encore permise, c'est-à-dire avant les réformes de Solon. Tant que le père

(1) Cf. Glotz, *loc. cit.*, p. 934.
(2) V. *supra*, p. 50.

de l'enfant ne fait point valoir ses droits, celui qui l'a recueilli peut le traiter comme son fils ou comme son esclave et exiger de lui l'accomplissement des obligations inhérentes à ces qualités, par exemple, lui demander son travail à titre de dédommagement alimentaire, τροφεῖα [1]. Mais il suffit que le père naturel fasse la preuve de la filiation pour qu'il puisse reprendre son enfant, ou le remettre en liberté, s'il avait été réduit à l'état d'esclave. L'action qui lui est ouverte dans ce dernier cas, est l'ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν [2]. Aussi, dans les tragédies ou comédies qui ont pour sujet un abandon d'enfant, la scène de la reconnaissance se termine-t-elle toujours par la rentrée de l'enfant retrouvé dans la maison paternelle, sans que le père adoptif ou le maître temporaire songent à élever la moindre protestation. [3].

Ceux qui exposaient leur enfant s'y prenaient, d'ailleurs, en général, de manière à ce qu'il fût sauvé de la mort par quelque personne qui le recueillait dans une pensée de charité ou d'intérêt. Souvent l'enfant portait des signes ou était entouré d'objets divers (τὰ συνεκτιθέμενα) [4] qui pouvaient permettre à ses parents de le reconnaître et de le revendiquer dans des temps plus heureux [5]

En disant que l'exposition d'un enfant est, de la part du père de famille, l'exercice de sa puissance paternelle, nous

(1) L'expression τὰ τροφεῖα ἀποδιδόναι est fréquemment usitée. V. Euripide, *Jon.*, 783-784. Cf. Glotz, *loc. cit.*

(2) V. sur cette action, *infra*, tit. IV, De l'esclavage. En supposant que l'enfant abandonné soit d'origine servile, son propriétaire légitime, qui est le propriétaire de sa mère, peut également le revendiquer contre celui qui l'a recueilli, ἄγειν εἰς δουλείαν, suivant l'expression consacrée. Cf. Meier, Schoemann et Lipsius, p. 658.

(3) V. Euripide, *Jon.*, 182-183; Plaute, *Cistell.*, III, 1, v. 358-359; II, 3, 16-17, v. 186-187; *Casina*, V, 4, v. 986; Longus, *Pastor.*, IV, [illegible], 24, 36. Cf. Glotz, *loc. cit.*

(4) Les συνεκτιθέμενα ne sont aussi quelquefois que des bandelettes. Glotz, *loc. cit.*, p. 934.

(5) Cf. sur les signes de reconnaissance : Lallier, p. 178 ; Schoemann-Galuski, I, p. 571 ; Ciccotti, p. 86 ; Glotz, *loc. cit.* ; Hermann-Blümner, p. 77, note 1.

avons pris parti par avance sur le caractère juridique de cet acte. On s'est demandé, en effet, si un fait aussi cruel avait bien pu être toléré par la loi, et à plus forte raison, si le législateur avait jamais pu l'autoriser formellement. Il est certain, tout d'abord, que l'exposition des enfants n'est pas défendue par la loi. Sans doute, quand elle est le fait d'une fille séduite qui veut dissimuler sa honte, on voit la mère agir dans le plus grand mystère, parce qu'elle redoute les effets de la colère paternelle. Mais quand c'est le père de famille qui se décide à exposer un enfant, il ne cherche nullement à dissimuler l'accouchement ou l'abandon, car il sait qu'il n'y a rien à craindre de la vindicte publique. De même, si plus tard il veut réclamer son enfant, il n'hésite pas à dénoncer lui-même l'acte qu'il a commis et à faire valoir ses droits devant les tribunaux. Au surplus, on ne voit pas comment l'exposition aurait pu entraîner des poursuites criminelles. De deux choses l'une, en effet : ou bien l'enfant survit et il n'y a pas de délit commis ; ou bien il succombe, et alors le crime, à supposer qu'il existe, est l'homicide involontaire, φόνος ἀκούσιος. Mais alors, en l'absence d'un ministère public dans le droit attique, on ne voit pas qui pourrait requérir la peine édictée contre le φονεύς. La justice reste donc forcément inactive en présence d'une exposition [1]. Le seul cas où l'exposition soit punissable est celui où, par exception, elle s'est faite contre le gré du père et au mépris de ses droits. Celui-ci peut alors poursuivre le coupable et se faire allouer une indemnité en raison de l'atteinte portée à ses pouvoirs [2]. La loi, du reste, ne se borne pas à tolérer l'exposition des enfants. Si elle ne consacre pas formellement le droit du père, elle le reconnaît implicitement par cela seul qu'elle ne lui en interdit pas l'exercice. Ce

(1) Glotz, *loc. cit.*, p. 936.

(2) C'est ainsi que, d'après loi de Gortyne (IV, 8-14), la femme divorcée qui expose son enfant avant de l'avoir présenté au mari comme le veut la loi (V. *supra*, t. I, p. 395, note 4) encourt une amende de cinquante statères. Cf. Glotz, *ibid.*

droit découle, en effet, de la souveraineté absolue que le père de famille a dû posséder originairement, comme nous l'avons admis, à Athènes aussi bien qu'à Rome, sur tous les memres de la famille, souveraineté qui s'est maintenue dans le droit attique sur tous les points où le législateur n'y a pas porté atteinte. C'est ainsi que, comme nous le verrons, Solon a restreint dans d'étroites limites le droit du père de vendre ses enfants. Mais aucune disposition de loi n'a jamais prohibé ni même limité à Athènes le droit d'exposition. Dès lors tout citoyen athénien a conservé de tout temps la pleine et entière faculté d'exposer ses enfants. Ce droit se justifiait même par une raison spéciale. L'enfant, en effet, ne faisait partie de la communauté politique que du jour où le père l'y avait introduit par une déclaration formelle. En l'absence de cette déclaration, la cité ignorait en quelque sorte l'existence de l'enfant et, par suite, elle ne pouvait songer à le protéger [1].

Si, à Athènes, le droit d'exposition ne comportait aucune restriction, d'autres cités grecques paraissent, au contraire, avoir cherché à le contenir dans de certaines limites. C'est ce qui avait lieu à Sparte notamment, du moins dans l'opinion générale. Plutarque [2] raconte, en effet, que l'enfant né, le père ne décidait pas en dernier ressort la question de l'élever. Il le prenait et le portait dans un lieu appelé Lesché où siégeaient les anciens de la tribu. Ceux-ci regardaient l'enfant et, s'il paraissait bien conformé et robuste, ils ordonnaient de le nourrir et lui reconnaissaient un droit éventuel à l'un des neuf mille lots primitifs. Si, au contraire, il était chétif et contrefait, ils le faisaient jeter dans les Apothètes, gouffre voisin du Taygète. Ce passage de Plutarque est généralement interprété en ce sens qu'à Sparte la

(1) Cf. Glotz, *loc. cit.*, p. 937; Van den Es, p. 123; Lallier, p. 178; Ciccotti, p. 85; Schœmann-Galuski, t. I, p. 571; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 528, note 135.

(2) *Lycur.*, c. 16.

constitution de Lycurgue enlevait au père de famille le droit de décider à lui seul du sort de l'enfant et attribuait la décision aux représentants de l'Etat [1]. Mais cette interprétation, qui est, du reste, tout à fait conforme aux idées reçues à Sparte sur les relations de l'individu et de l'Etat, est cependant combattue par Glotz [2]. D'après cet auteur, le passage en question de Plutarque ne parle nullement d'une défense faite au père d'abandonner les enfants nouveau-nés dont il ne voulait pas augmenter sa famille. Tout ce qui en résulte, c'est que le père était tenu, lorsqu'il avait résolu d'élever un fils, de faire ratifier sa décision par quelques notables réunis en conseil de famille. Encore, d'après Glotz, le renseignement fourni par Plutarque prouve-t-il qu'en fait chaque père de famille ne soumettait à cette épreuve publique qu'un seul fils, ou du moins n'en présentait un second que si le premier avait été jugé bon pour les Apothètes. En définitive, si la puissance publique intervient à Sparte, ce serait, dans cette manière de voir, non pas pour sauver certains enfants que leur père voudrait abandonner, mais, au contraire, pour condamner quelques-uns de ces enfants que leur père aurait été tenté de laisser vivre.

Quoi qu'il en soit pour le droit spartiate, il est certain qu'à Thèbes l'exposition des enfants était défendue. Au témoignage d'Elien, qu'il n'y a d'ailleurs aucune raison de suspecter [3], une loi thébaine interdisait, sous peine de mort, aux parents d'exposer leurs enfants, même s'ils étaient réduits à la misère. Le père, s'il ne peut nourrir son enfant, doit alors le porter aux magistrats. Ceux-ci, prenant l'enfant en charge, l'adjugent au premier offrant, si faible que

(1) Wichmann, *loc. cit.*, p. 4 ; O. Müller, *Die Dorier*, IV, 5, § 1 ; III, 10, § 2 ; Wachsmuth, II, p. 128 ; Hermann, *Antiq. Lacon.*, p. 188 et 194 ; Gilbert (1re édit.), I, p. 67 ; B. W. Leist, p. 59.

(2) *Loc. cit.*, p. 937.

(3) Hermann-Blümner, p. 77, note 4 ; Glotz, *loc. cit.*, p. 937. *Contra*, Zumpt, in *Abhandlungen der Berliner Akademie*, 1840, p. 3.

soit le prix offert. L'adjudicataire s'engage à nourrir l'enfant et, en compensation, celui-ci lui est acquis comme esclave, le père étant, du reste, déchu de tous ses droits de puissance [1]. Cette disposition, on le voit, ne concernait que les pauvres. Au surplus, il est assez difficile de savoir à quelle époque la loi thébaine en question a pu être en vigueur. L'exposition des enfants nouveau-nés ne paraît avoir été également permise à Éphèse qu'en cas d'indigence bien constatée [2] [3].

La puissance paternelle, dans sa conception primitive et religieuse, conférant au chef du culte domestique un pouvoir absolu sur la personne physique des membres de la famille, lui donne, à plus forte raison, le droit de les faire sortir de celle-ci sans mettre leur vie en danger, c'est-à-dire au moyen d'une vente [4]. L'exercice de ce droit, qui apparaît en principe comme un acte de juridiction domestique, a pu souvent n'être motivé que par des considérations d'intérêt. C'est ainsi que, d'après Plutarque, avant les réformes de

(1) Elien, *Var. Hist.*, II, 7.

(2) Proclus, *ad Hesiodi Op. et Dies*, v. 494. Cf. Schœmann-Galuski, I, p. 182.

(3) Le droit pour le père de supprimer indirectement l'enfant après sa naissance au moyen de l'exposition semble avoir pour corollaire le droit de le supprimer avant sa naissance au moyen de l'avortement. Aussi les mêmes philosophes qui approuvent la pratique de l'exposition, en la considérant comme une manière de résoudre le redoutable problème du maintien de l'équilibre entre le chiffre de la population et les ressources du pays, proposent-ils, dans le même but, l'avortement obligatoire dans certains cas. Il est certain, d'autre part, qu'en fait, l'avortement était très souvent pratiqué. N'était-il point cependant réprimé par la loi pénale ? La question est assez délicate et peut être diversement résolue. Cf. Hermann-Blümner, p. 76 ; Lallier, p. 176 ; Thonissen, p. 256; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Ambloseos graphè*.

(4) Cf. loi des XII Tables : Endo liberis justis jus vitae necis venumdandique potestas esto. Fustel de Coulanges (*Cité ant.*, liv. II, ch. 8) observe, à ce sujet, que le père pouvait disposer de toute la propriété qui était dans la famille, et que le fils pouvait lui-même être envisagé comme propriété, puisque ses bras et son travail étaient une source de revenus : le père pouvait donc, à son choix, garder pour lui cet instrument de travail ou le céder à un autre. Le céder, c'était ce qu'on appelait vendre le fils.

Solon, beaucoup de pères de famille se trouvaient contraints par la misère à vendre leurs enfants, et aucune loi ne les en empêchait [1]. La vente des filles de citoyens fournissait donc, comme nous l'avons vu, un élément au concubinat, et avait pu motiver la disposition de la loi de Dracon qui assimilait au meurtre de l'épouse légitime, surprise en flagrant délit d'adultère, celui de la παλλακὴ ἣν ἂν ἐπ' ἐλευθέροις παισὶν ἔχῃ [2]. Ce droit de vente n'appartenait point d'ailleurs seulement au père vis-à-vis de sa fille, mais, d'une manière générale, au kyrios vis-à-vis de sa pupille. Aussi Plutarque, lorsqu'il parle de la prohibition de Solon [3], nous dit-il que cette prohibition s'applique également aux frères vis-à-vis de leurs sœurs. Ce droit exorbitant reconnu au frère peut, il est vrai, se justifier dans une certaine mesure, si l'on réfléchit que le frère, succédant au père à l'exclusion de la sœur, et tenu, en conséquence, de la doter [4], mais par contre ayant, comme le père le droit d'ἐκδοῦναι celle dont il est le kyrios, peut se trouver empêché de marier sa sœur par suite de la mauvaise conduite de celle-ci. Il n'a plus, dès lors, qu'un moyen de s'en débarrasser, c'est de la vendre, comme pouvait le faire le père [5].

Solon, sans supprimer entièrement le droit du père de vendre ses enfants, le restreignit dans des limites assez étroites : il ne l'autorisa plus qu'à l'égard des filles, et encore dans le cas où celles-ci étaient surprises en faute par leur père [6]. Le droit de vente est donc désormais interdit, d'abord à l'égard des fils et, en second lieu, à l'égard des filles qui ont su conserver leur chasteté ou du moins dissi-

(1) Plutarque, *Solon*, 13 : πολλοὶ δὲ καὶ παῖδας ἰδίους ἠναγκάζοντο πωλεῖν, οὐδεὶς γὰρ νόμος ἐκώλυε.

(2) V. *supra*, t. I, p. 103 et s.

(3) V. *infra*, note 6.

(4) C'est là du moins l'opinion générale. V. *supra*, t. I, p. 266.

(5) Cf. B. W. Leist, p. 61.

(6) Plutarque, *Solon*, c. 23 : ἔτι δ' οὔτε θυγατέρας πωλεῖν οὔτε ἀδελφὰς δίδωσι, πλὴν ἂν μὴ λάβῃ παρθένον ἀνδρὶ συγγεγενημένην.

muler leur faute [1]. Vis-à-vis des filles coupables, le droit de vente n'apparaît plus même que comme l'exercice du pouvoir de juridiction domestique. La prohibition de la vente des enfants entraîna la suppression du droit de les engager pour la sûreté d'une dette contractée par le père de famille [2], droit qui subsista plus longtemps dans d'autres cités [3].

On a cependant prétendu que la théorie romaine qui considère le père comme un magistrat et un justicier, constituant un vrai tribunal domestique, quelquefois avec le concours de parents ou d'amis, était complètement étrangère au droit attique, et que tous les pouvoirs de répression pénale étaient, à Athènes, entre les mains de l'Etat [4]. Cette manière de voir nous paraît directement contredite par ce que nous venons de dire relativement au pouvoir du père de vendre sa fille coupable. On ne voit, en outre, aucune raison pour faire une différence à cet égard entre le droit attique et le droit romain, car, ainsi que nous l'avons dit, l'organisation primitive de la famille a reposé à Athènes, comme à Rome, sur une même base, sur la religion domestique. Si, dans la première cité le père de famille a eu, comme dans la seconde, le *jus vitæ necisque* vis-à-vis de ses enfants, ce ne peut être qu'en qualité de juge domestique, en vertu d'un pouvoir de juridiction privée qui excluait l'intervention de la puissance publique relativement aux crimes commis par les membres de la famille ou tout au moins dans l'intérieur de la famille. Ce qu'il y a de vrai seulement, dans la théorie que nous critiquons, c'est que les pouvoirs de juridiction domestique du *paterfamilias*

(1) Cf. Van den Es, p. 124 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 529 ; Meier, *De bonis*, p. 26 ; Wachsmuth, II, p. 188 ; Hermann-Blumner, p. 77 et 78 ; Lewy, p. 47.

(2) V. *infra*, liv. II, tit. III, ch. II, Des hypothèques.

(3) Cf. Isocrate, *Plataic.*, § 48.

(4) Platner, *Process*, II, p. 244.

ont été restreints à Athènes, beaucoup plus tôt qu'à Rome, en vertu des causes générales précédemment signalées qui ont altéré dans le droit attique le caractère primitif de la puissance paternelle. A la juridiction du chef de famille s'est substituée, en principe, celle de l'Etat pour les infractions qui blessent l'ordre public. Mais les pouvoirs de juge du père ont persisté, même après Solon, au moins à l'égard de la fille coupable et, dans les autres cas, ils se sont convertis en un droit de correction qui seul a survécu dans les législations modernes.

Le droit de correction du père est incontestable et Dion Chrysostome, qui cependant semble mettre le père, considéré comme éducateur, sur la même ligne qu'un précepteur, lui reconnaît le droit de battre son enfant pour arriver à se faire obéir [1]. L'abus du droit de correction ne paraît même pas avoir été une excuse pour l'enfant afin de se soustraire à l'accomplissement des obligations d'aliments et de respect dont il est tenu envers son père et d'échapper à la γραφὴ κακώσεως formée contre lui [2]. Mais, ainsi que nous l'avons vu, les obligations de l'enfant cessent lorsqu'il a été prostitué par son père, car il y a là un abus manifeste de la puissance paternelle. Ce fait paraît même avoir été réprimé très sévèrement. D'après Eschine [3], la loi sur la prostitution, νόμος τῆς προαγωγείας, aurait puni de mort tous ceux qui livraient à la débauche une femme ou un enfant libre, et cette loi semble, en l'absence de toute distinction, avoir

(1) Dion Chrysostome, XV, 20, p. 240, M : καὶ τρέφονται πάντες ὑπὸ τῶν πατέρων καὶ παίονται πολλάκις ὑπ' αὐτῶν καὶ πείθονται ὅ τι ἂν εκεῖνοι προστάττωσιν αὐτοῖς· καίτοι ἕνεκα τοῦ πείθεσθαι καὶ πληγὰς λαμβάνειν καὶ τῶν γραμματιστῶν οἰκέτας φήσεις τοὺς παρ' αὐτοῖς μανθάνοντας καὶ τοὺς παιδοτρίβας δεσπότας εἶναι τῶν μαθητῶν ἢ τοὺς ἄλλο τι διδάσκοντας· καὶ γὰρ προστάττουσιν αὐτοῖς καὶ τύπτουσι μὴ πειθομένους. — Cf. Teles, *in* Stobée, *Serm.* XCVIII, 72 ; Hermann-Blumner, p. 286 et s.

(2) V. *supra*, t. I, p. 368.

(3) *C. Timarch*, § 14.

été applicable au père de famille comme à tout autre citoyen [1].

La puissance paternelle confère encore au père de famille plusieurs autres droits sur la personne de ses enfants. Ainsi elle lui permet de faire sortir un fils de la famille en le faisant entrer par voie d'adoption dans une famille étrangère ce que, comme nous l'avons vu, on nomme ἐκποιεῖσθαι. Ce droit n'appartient, du reste, au père que tant qu'il est investi de la puissance ; dès que celle-ci a pris fin par la majorité du fils, le consentement de celui-ci est nécessaire pour la validité de l'adoption, et le père naturel n'a plus à intervenir dans cet acte [2].

Dans les législations modernes, en général, la puissance paternelle entraîne des effets importants en ce qui concerne le mariage des enfants, effets qui se produisent même après que ceux-ci ont atteint leur majorité. Il n'en est point de même dans le droit attique, du moins en ce qui concerne les fils. Ceux-ci, dès qu'ils sont majeurs, peuvent se marier sans le consentement de leur père et, d'autre part, il n'y a pas à parler de la nécessité de ce consentement pour le mariage du fils mineur, car l'âge requis pour le mariage chez les hommes est précisément celui qui correspond à la majorité [3]. Quant aux filles, le droit du père s'est maintenu avec beaucoup plus d'énergie. Non seulement elles ne peuvent se marier sans le consentement paternel, mais leur père peut, sans les consulter, les donner en mariage au gendre qu'il a choisi et avec qui seul il conclut l'engyésis [4]. Il n'y a pour les filles aucun âge auquel elles soient soustraites à ce pouvoir exorbitant, car la tutelle des femmes est perpétuelle ; les pouvoirs de kyrios continuent même d'appartenir au père après le mariage de sa fille et lui per-

(1) Schœmann-Galuski, I, p. 590. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 410 ; Thonissen, p. 336.

(2) V. *supra*, p. 49.

(3) V. *supra*, t. I, p. 132 et s.

mettent de séparer arbitrairement celle-ci du mari qu'il lui a choisi et de la donner à un autre époux [1].

Un autre effet de la puissance paternelle consiste dans le droit, pour le père, de donner par testament un tuteur à ses enfants pour le cas où il viendrait à mourir avant qu'ils ne fussent *sui juris*. C'est seulement à défaut de tuteur testamentaire que s'ouvre la tutelle légitime [2].

La puissance paternelle comporte, en outre, le droit pour le père non seulement de donner un nom à l'enfant, au moment de sa naissance, lors de la cérémonie de la δεκάτη [3], mais encore de modifier ultérieurement ce nom, en portant ce changement à la connaissance des intéressés au moyen d'une proclamation par l'organe du héraut. Ce droit est formellement attesté par un texte de Démosthène [4].

La puissance paternelle donne enfin au père le droit d'expulser son fils de la famille au moyen d'une ἀποκήρυξις, institution sur laquelle nous reviendrons en étudiant les causes d'extinction de la puissance paternelle.

Quant aux effets de la puissance paternelle relativement aux biens de l'enfant, ils sont beaucoup moins compliqués dans le droit attique que dans le droit romain, précisément parce que cette puissance, au lieu d'être perpétuelle comme à Rome, cesse à Athènes, par la majorité du fils. Celui-ci, même mineur, est capable d'acquérir. C'est ainsi qu'il peut être appelé à recueillir les biens formant la dot de sa mère; il peut également recevoir une donation ou un legs. Il nous semble qu'en pareil cas le père a non seulement l'administration des biens [5] qui composent la fortune personnelle de

(1) V. *supra*, t. I, p. 388. Cf. B. W. Leist, p. 61.

(2) V. *infra*, p. 167 et s. Cf. B. W. Leist, p. 61.

(3) V. *supra*, t. I, p. 341.

(4) *Adv. Bœot.*, I, § 39 : ὁ νόμος.... τοὺς γονέας ποιεῖ κυρίους οὐ μόνον θέσθαι τοὔνομα ἐξ ἀρχῆς ἀλλὰ κἂν πάλιν ἐξαλεῖψαι βούλωνται καὶ ἀποκηρῦξαι. Nous aurons à voir ultérieurement si ce texte se réfère à l'institution spéciale dite ἀποκήρυξις. V. *infra*, p. 132. Cf. sur la dation du nom : Aristophane, *Nub*, v. 60 et s.

(5) Suivant Cauvet (p. 176), le père n'avait pas le droit d'aliéner les immeu-

ses enfants, mais qu'il en a encore la jouissance, à la charge d'employer les revenus de ces biens à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Cela est certain pour le cas où les biens advenus à l'enfant sont ceux qui formaient la dot de sa mère (1). Or, il n'y a pas de raison pour admettre une solution différente dans les autres cas. A la majorité de l'enfant le père restitue et rend compte (2).

Cette obligation du père ne saurait, dans tous les cas, être garantie par une hypothèque légale semblable à celle qui, d'après certains auteurs, appartient au pupille sur les biens de son tuteur. Les textes d'où on a voulu, à tort selon nous, faire résulter cette hypothèque légale du pupille, sont absolument inapplicables au père administrateur. Au surplus, l'existence d'une semblable garantie est ici bien moins nécessaire que dans le cas de tutelle proprement dite (3).

Les droits du père sur les biens de ses enfants entraînent-ils sa responsabilité à raison des obligations contractées par eux ou des délits qu'ils auraient pu commettre. Le silence des textes ne permet guère de donner une réponse précise à ces questions. En ce qui concerne d'abord les délits commis par les fils de famille, il paraît assez rationnel d'admettre la responsabilité du père de famille, en tant du moins qu'on peut établir à sa charge une négligence ou un défaut de surveillance. Mais on ne voit pas que le droit attique ait admis quelque chose de semblable à l'abandon noxal des Romains, institution si inhumaine et présentant pour les filles des dan-

bles de son fils mineur sans l'intervention protectrice de l'archonte éponyme. Mais cette proposition, à l'appui de laquelle on n'allègue aucun texte, nous paraît inadmissible. Le tuteur, en effet, comme nous le verrons en exposant les règles de la tutelle, a toute liberté pour aliéner les immeubles de son pupille. Donc, à plus forte raison, le père doit-il avoir le même droit vis-à-vis de son fils.

(1) V. *supra*, t. I, p. 316. — Cf. Isée, *De Hagn. hered.*, §§ 41, 42.

(2) Cf. Cauvet, p. 176.

(3) Cf. Cauvet, p. 176, qui admettant l'existence d'une hypothèque légale au profit du pupille, observe que la loi athénienne aurait alors consacré la même distinction que notre code civil.

gers particuliers. Cet abandon, qui peut se comprendre théoriquement, du moins dans le droit romain où le père avait conservé le droit de céder sa puissance sur ses enfants, serait inconciliable avec la règle posée à Athènes par Solon et qui a interdit, en principe, la vente des fils et même des filles [1].

Quant à la responsabilité du père à raison des obligations contractées par son fils, la situation est également bien différente à Athènes et à Rome. Le fils de famille romain qui, normalement, reste en puissance toute sa vie, a le libre exercice de tous les droits qui ne peuvent pas compromettre l'intérêt privé du père. Dès lors, il s'oblige valablement, non seulement par ses délits, mais encore par ses contrats ; toutefois ses obligations ne peuvent, en principe, réfléchir contre son père. A Athènes, au contraire, le fils de famille qui n'est en puissance que pendant sa minorité, se trouve frappé de l'incapacité presque absolue de contracter et, à supposer qu'il puisse s'obliger, il le peut tout au plus jusqu'à concurrence d'un médimne d'orge [2]. La responsabilité du père, si l'on l'admet, ne saurait donc jamais être bien considérable, car elle ne peut dépasser cette même limite. Il n'est point question, du reste, d'admettre à Athènes une responsabilité semblable à celle qui était reçue en droit romain *de peculio*, car la théorie des pécules est entièrement étrangère au droit attique. Elle n'avait sa raison d'être à Rome qu'à cause de la perpétuité de la puissance paternelle. Or, cette puissance prenait fin à Athènes par la majorité de l'enfant, précisément à l'époque où celui-ci pouvait acqué-

(1) La loi de Gortyne (IV, 29-31) décide que dans le cas où un enfant est frappé d'une condamnation pécuniaire, il doit être apportionné par avance de ce qui doit lui revenir ultérieurement dans la succession de ses parents. C'est là une exception à la règle posée par cette même loi d'après laquelle le partage anticipé de la succession ne peut être exigé par les enfants. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 130 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 462.

(2) Isée, *de Arist. her.*, § 10 ; Harpocration, v° ὅτι παιδὶ καὶ γυναικὶ. V. *infra*, p. 203 et s.

rir les biens qui, à Rome, composaient les pécules *castrense quasi-castrense* ou adventice [1].

On s'est demandé, à propos des contrats passés par un fils de famille athénien en puissance contrairement aux prohibitions de la loi, si le père de famille n'a pas une action spéciale contre celui qui a ainsi contracté avec son enfant. La difficulté provient d'un passage de Plutarque où l'on voit que Xantippe, fils de Périclès, qui vivait en mauvaise intelligence avec son père, et se livrait à des dépenses exagérées, envoya un jour demander à l'un de ses amis une somme d'argent au nom de son père. Celui-ci réclamant ensuite la somme qu'il prétendait avoir prêtée, Périclès, loin de payer, lui intenta un procès. On en a conclu que non seulement le père n'est pas tenu à raison des contrats passés par son fils mineur, mais encore qu'il peut poursuivre judiciairement la personne qui a contracté à son insu avec l'enfant [2]. Nous ne pensons point cependant que l'on puisse tirer une semblable conclusion de ce passage de Plutarque. Cet historien nous dit, en effet, que Xantippe était marié, et que ce sont les dépenses de sa femme qui ont pu l'amener à contracter l'emprunt en question. Si donc Xantippe était marié au moment où il a voulu se faire prêter de l'argent par son ami, et cela ne paraît pas douteux, il n'était plus sous la puissance de son père, et on ne voit pas comment Périclès aurait pu intenter une action contre le prétendu prêteur en se fondant sur la dissimulation d'un acte dont son fils n'était nullement tenu de lui parler. Dans l'action qu'il intentait contre l'ami de son fils, Périclès devait seulement l'accuser de réclamer un argent qu'il n'avait point prêté en réalité. Il faut observer, en outre, que Xantippe avait demandé cet argent au

(1) Cf. B. W. Leist, p. 63.

(2) Plutarque, *Pericles*, XXXVI, 2-3 : Ξάνθιππος... πέμψας οὖν πρός τινα τῶν φίλων ἔλαβεν ἀργύριον ὡς τοῦ Περικλέους κελεύσαντος. Ἐκείνου δ' ὕστερον ἀπαιτοῦντος, ὁ μὲν Περικλῆς καὶ δίκην αὐτῷ προσέλαχε.

(3) Meier et Schœmann, *Attische Process*, 1e ed., p. 434-435.

nom de son père, ὡς τοῦ Περικλέους κελεύσαντος, circonstance qui a pu motiver encore l'action de Périclès [1].

Nous signalerons une dernière conséquence de la puissance paternelle relativement aux biens de l'enfant, c'est le droit, dont nous avons déjà parlé à propos de l'adoption, et que possède le père de faire une sorte de substitution pupillaire pour le cas où ses fils viendraient à mourir impubères, c'est-à-dire avant d'avoir pu faire eux-mêmes un testament. Ce droit du père de famille s'explique, comme nous l'avons dit [2], par les mêmes motifs que l'adoption elle-même, à savoir par le désir d'assurer la perpétuation du culte domestique.

SECTION III

Extinction de la puissance paternelle.

La puissance paternelle prend fin, en premier lieu, par la mort du père de famille. Celui-ci peut toutefois, comme nous le verrons, faire survivre, dans une certaine mesure, cette puissance à sa mort en nommant à ses enfants mineurs un tuteur testamentaire.

La servitude encourue *jure civili*, et qui comme nous l'avons établi [3], entraîne la dissolution du mariage, met fin également à la puissance paternelle. On ne saurait admettre, en effet, qu'un citoyen, même mineur, puisse être soumis à la puissance d'un esclave [4]. Mais n'ayant point assimilé, quant à la dissolution du mariage, à l'espèce de mort civile

(1) Van den Es, p. 135 ; Schulthess, p. 110 ; Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 539. — Cf. B. W. Leist, p. 63, note p.

(2) *Supra*, p. 30.

(3) *Supra*, t. I, p. 374.

(4) Van den Es, p. 137.

résultant de la servitude celle qu'entraîne l'atimie des débiteurs du trésor public, nous ne considérerons pas davantage cette atimie comme une cause d'extinction de la puissance paternelle. On ne voit nulle part, d'ailleurs, que cette déchéance soit attachée à l'atimie en question.

L'adoption met fin également à la puissance paternelle, car, à Athènes comme à Rome, elle rompt tout lien civil entre l'adopté et sa famille naturelle. Par contre, l'adopté, s'il est encore mineur, tombe sous la puissance paternelle de l'adoptant [1].

En droit romain, la puissance paternelle ne s'étend pas au-delà des rapports de droit privé, et elle cesse à l'égard du fils du moment que celui-ci agit dans l'exercice de ses droits de citoyen, ce que l'on exprime en disant que : *in causis publicis filiusfamilias loco patrisfamilias habetur* [2]. Mais cette limitation de la puissance paternelle, qui se comprend dans une législation où cette puissance est perpétuelle, n'a pas de raison d'être dans le droit attique où le fils ne jouit de ses droits de citoyen qu'à l'âge où la puissance paternelle a pris fin [3]. Il ne saurait non plus être question de chercher à Athènes un mode d'extinction de la puissance paternelle dans certaines dignités conférées à l'enfant, puisque celui-ci ne peut en être investi qu'à une époque où il n'est plus en puissance.

De la majorité. — Le mode normal d'extinction de la puissance paternelle, c'est la majorité du fils ; quant aux filles, la puissance paternelle est perpétuelle. Pour les fils, le droit attique se sépare donc à la fois du droit romain, où la majorité ne brisait pas les liens de la puissance paternelle, et de l'ancien droit germain où très probablement elle ne les brisait qu'avec l'addition d'une autre circonstance dépendant de la volonté du majeur, c'est-à-dire de

(1) V. *supra*, p. 55.

(2) Cf. L. 9, D. *De his qui sui vel al.*, I, 6. — Cf. Accarias, I, n° 77.

(3) Cf. B. W. Leist, p. 63 ; Platner, *Process*, II, p. 244-245.

l'abandon de l'habitation paternelle. On peut présumer toutefois que le droit attique n'est pas arrivé immédiatement à ce système de notre loi moderne où la majorité soustrait, par sa seule force, le fils à l'autorité de son père. Ce système a quelque chose de trop artificiel pour avoir été appliqué dès l'origine, et il est probable que, dans toute la Grèce, à l'époque héroïque et même tant que le γένος conserva sa forte organisation aristocratique, le pouvoir paternel ne cessait que par l'établissement séparé du fils [1]. — A quelle époque, sous quelles conditions et comment un fils de famille peut-il devenir majeur ? Quels effets entraîne la majorité ? Ce sont là des points divers que nous avons à résoudre.

La question de savoir à quel âge le fils devient majeur ne nous paraît pas douteuse aujourd'hui que le nouveau traité d'Aristote sur la constitution politique des Athéniens nous a donné à ce sujet des renseignements qui, à notre avis, sont décisifs. On a soulevé cependant sur ce point des difficultés assez sérieuses que nous devons exposer, bien qu'elles ne nous semblent présenter qu'un intérêt rétrospectif.

D'après certains auteurs, la majorité civile, qui confère à l'enfant la jouissance de tous les droits civils, notamment du droit de se marier seul et de disposer librement de tous ses biens, serait indépendante de la majorité civique, qui confère à l'enfant la jouissance des droits politiques. La puberté étant, dans l'opinion des Grecs, fixée à quatorze ans pour les garçons, et la majorité, ainsi que cela résulte de nombreux témoignages, n'étant acquise que deux ans après l'époque de la puberté, ἐπειδὰν παῖδες ἐπιδιετὲς ἡβήσωσιν, il en résulte, a-t-on dit, que la majorité n'a lieu qu'à seize ou dix-sept ans. La déclaration de majorité est précédée d'un examen de la maturité de l'enfant, δοκιμασία, examen

(1) Cf. en ce sens, Cauvet, p. 172.

auquel procèdent les phratores. L'époque en est fixée d'après les circonstances, par les parents ou par le tuteur. Ceux qui, lors de cet examen, font preuve d'une maturité suffisante, sont reçus parmi les hommes, ce que l'on désigne par les expressions δοκιμασία εἰς ἄνδρας, ἐγγραφὴ εἰς ἄνδρας, δοκιμάζεσθαι, ἐγγράφεσθαι εἰς ἄνδρας, ἄνδρα εἶναι δοκιμασθῆναι, ἄνδρα γενέσθαι. Mais bien différente de cette réception εἰς ἄνδρας est l'admission parmi les citoyens. Celle-ci n'a lieu qu'après la déclaration de majorité, c'est-à-dire dans le cours de la dix-septième ou de la dix-huitième année, et elle n'entraîne pas par elle-même la majorité. Pour être admis au nombre des citoyens, il faut alors subir une δοκιμασία spéciale, portant sur la légitimité de la naissance et sur la capacité civique; ce sont les démotes qui procèdent à cet examen, et qui votent sur l'admission après avoir prêté serment. Le nom du nouveau démote ainsi que celui de son père sont ensuite inscrits sur le registre du dème : c'est l'ἐγγραφὴ εἰς τὸ ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, qui confère la jouissance et l'exercice des droits politiques [1].

Cette théorie est, selon nous, inadmissible. Elle repose, en effet, sur l'idée, aujourd'hui généralement abandonnée, qu'il y aurait lieu à une seconde inscription sur le registre de la phratrie, postérieurement à celle qui a lieu dans les premières années de la naissance. Nous avons précédemment démontré que cette idée n'est fondée que sur deux textes de grammairiens qui sont tombés eux-mêmes dans l'erreur sur le rôle des phratores, en ce qui concerne soit l'introduction de l'enfant dans la phratrie, soit la prestation de la γαμηλία [2]. On ne comprend point, d'ailleurs, comment il aurait pu dé-

(1) Bœhnecke, *Forschungen a. d. Gebiete d. att. Redner*, I, p. 57 et s.; Thirnvall, *Hist. of. Greece*, V, 488 et s. — Cf. Budaeus, *Comm. l. gr.*, 165; Droysen, *in Rhein. Museum*, IV, p. 412; Ad. Schmidt, *Handbuch der griech. Chronologie*, p. 375, qui placent également l'âge de la puberté à quatorze ans et, par suite, l'âge de la majorité à seize ans.

(2) V. *supra*, t. I, p. 147 et 350.

pendre du tuteur de fixer l'époque de la δοκιμασία de son pupille et de retarder ainsi à son gré le moment où il doit rendre ses comptes. On ne voit point enfin comment un Athénien aurait pu, avant d'être reçu dans le dème et d'avoir la jouissance de ses droits politiques, être considéré comme majeur au point de vue de ses droits civils, avoir la libre disposition de son patrimoine avec la faculté d'ester en justice. Cette distinction entre la majorité civile et la majorité politique, qui est admise dans certaines législations modernes, serait contraire à l'esprit du droit attique [1].

La phratrie n'a nullement à intervenir dans l'appréciation de la majorité de l'enfant : il y a là une question qui ne concerne que le dème et, comme nous allons le montrer par des témoignages indiscutables, l'inscription sur le registre du dème coïncide avec la majorité, et confère en même temps à l'enfant la jouissance des droits civils et celle des droits politiques. Cela résulte d'abord d'un texte d'Eschine où, d'après l'orateur, l'inscription de Timarque sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον concorde avec son émancipation et lui confère la maîtrise de son patrimoine [2]. De même, d'après un texte d'Hypéride, l'époque de la majorité des fils de l'épiclère, celle où ils entrent en possession du patrimoine de leur aïeul maternel, est l'époque de leur inscription sur le registre du dème [3]. Pareillement enfin, une scholie sur Lucien dit que

(1) Schæfer, *Demosthenes u. seine Zeit*, III, Beilage, II, *Eintritt der Mündigkeit nach attischem Rechte*, p. 20.

(2) Eschine, *Adv. Timarch.*, § 103 : ἐπειδὴ δ' ἐνεγράφη Τίμαρχος οὗτος εἰς τὸ ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, καὶ κύριος ἐγένετο τῆς οὐσίας. Cf. *Ibid.* § 18 : ἐπειδὰν δ' ἐγγραφῇ εἰς τὸ ληξιαρχικὸν γραμματεῖον καὶ τοὺς νόμους γνῷ καὶ εἰδῇ τοὺς τῆς πόλεως καὶ ἤδη δύνηται διαλογίζεσθαι τὰ καλὰ καὶ τὰ μή, οὐκέτι ἑτέρῳ διαλέγεται, ἀλλ' ἤδη αὐτῷ.

(3) Hypéride (*in* Harpocration, v° ἐπιδιετὲς ἡβῆσαι) : ἐπεὶ δὲ ἐνεγράφην ἐγὼ καὶ ὁ νόμος ἀπέδωκε τὴν κομιδὴν τῶν καταλειφθέντων τῇ μητρί, ὅς κελεύει κυρίους εἶναι τῆς ἐπικλήρου καὶ τῆς οὐσίας ἁπάσης τοὺς παῖδας, ἐπειδὰν ἐπιδιετὲς ἡβῶσιν. Cf. Isée, *De Aristar. her.*, § 12 ; Démosthène, *in Steph.*, II, § 20.

c'est après avoir été inscrits sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον que les enfants prennent en mains les biens paternels [1]. Il ne peut donc y avoir aucun doute à cet égard : la majorité civile concorde avec l'inscription sur le registre du dème [2] [3]. Il y a lieu, sans doute, à une docimasie préalablement à la déclaration de la majorité ; mais cette docimasie est celle à laquelle procèdent les démotes avant de voter l'inscription sur ce registre [4].

Il s'agit donc de savoir à quel âge l'enfant est inscrit sur ληξιαρχικὸν γραμματεῖον. L'inscription a lieu, suivant de nombreux textes, deux ans après que l'enfant a acquis l'âge de la puberté, ὁπότε ἐπὶ διετὲς ἥβησαν [5]. Quand donc a lieu la pu-

(1) Schol. sur Lucien, Ζεὺς τραγ. 26 : ἐπειδὰν ἐπιδιετὲς οἱ ὀρφανοὶ ἥβησαν ἐξῆν αὐτοῖς ἀπὸ τῶν νόμων εἰς τὸ ληξιαρχικὸν ἐγγραφέντας ἀναλαμβάνειν τὰ πατρῷα.— Cf. Harpocration v° ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, ou, en se référant au discours précité d'Eschine contre Timarque, il dit, à propos de ce registre : εἰς ὃ ἐνεγράφοντο οἱ τελεωθέντες τῶν παίδων, οἷς ἐξῆν ἤδη τὰ πατρῷα οἰκονομεῖν. — On peut également citer en ce sens un passage de Denys d'Halicarnasse (*Antiq. rom.* II, 26) où l'auteur constate que la puissance paternelle prenait fin chez les Grecs d'assez bonne heure. V. *supra*, p. 76, note 3.

(2) Cf. Van den Es, p. 114 ; Schæfer, p. 24 et s. ; Philippi, *Beiträge*, p. 100 ; Hafter, p. 70 ; Hermann-Thalheim, p. 13 ; Haussoulier, *Vie municipale*, p. 13 ; Gilbert, 1e éd., t. I, p. 186 ; Müller-Busolt, IV, 1, p. 19 ; Cicotti, p. 80 ; Hermann-Thumser, p. 459.

(3) On rencontre, comme synonymes de l'expression ἐγγραφῆναι εἰς τὸ ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, ces autres expressions : ἐγγραφῆναι εἰς τοὺς δημότας (Démosthène, *Adv. Eubul.*, § 46 ; Eschine, *De fals. leg.*, § 150), ἐγγραφῆναι εἰς ἄνδρας (Démosthène, *De fals. leg.*, § 230), ἐγγραφῆναι simplement (Hypéride, *loc. cit.*), τὸ ἐφήβους γενέσθαι (Lycurgue, *C. Leocr.*, § 76), ἐκ παίδων ἀπαλλαγῆναι. Démosthène emploie l'expression un peu équivoque ἀνὴρ γενόμενος (*De Cor.*, § 259), mais il en précise le sens aussitôt après en disant, au § 261 : ἐπειδὴ δ' εἰς τοὺς δημότας ἐνεγράφης, ἐῶ γὰρ τοῦτο. Il n'y a nullement opposition, comme on l'a prétendu (Behnecke, p. 671), entre le § 259 et le § 261 ; ils se réfèrent tous les deux à la même époque, celle de la majorité résultant de l'inscription sur le registre du dème. Cf. Van den Es, p. 114-115 ; Schæfer, p. 30-31.

(4) Cf. Lysias, *C. Diogit.*, § 9 : σὺ οὖν, ἐπειδὴ δεδοκίμασαι καὶ ἀνὴρ γεγένησαι, σκόπει αὐτὸς ἤδη πόθεν ἕξεις τὰ ἐπιτήδεια.

(5) Isée, *De Cir. her.*, § 31 ; *De Cleon. her.*, § 10 ; Démosthène, *C. Steph.*, II, § 24 ; Eschine, *In Ctesiph.*, § 122 ; Hypéride, fr. 231. — Cf. Van den Es, p. 113-115.

berté, et par suite, quel est l'âge de l'enfant lorsque se sont écoulées ces deux années qui doivent la suivre [1]? On a pu autrefois avoir quelque doute sur ce point. Si, en effet, on s'en réfère au témoignage des lexicographes Pollux et Harpocration [2], l'entrée dans l'éphébie, qui marquerait la cessation de l'impuberté, aurait lieu à dix-huit ans, et c'est seulement après les deux années de service imposées aux éphèbes qu'aurait lieu l'inscription sur le registre du dème, ce qui reporterait à vingt ans l'âge de la majorité.

On était d'accord cependant, même avant la découverte de l'Ἀθηναίων πολιτεία d'Aristote, pour refuser toute autorité aux définitions de ces lexicographes et pour fixer l'âge de la majorité à dix-huit ans, ce qui reporte à seize ans l'âge de la puberté. Cette solution résulte, en effet, de textes assez nombreux. Ainsi d'abord on voit, dans les discours de Démosthène contre Bœotos, que Manthithée, fils de Mantias, avait été décidé par son père à se marier dès l'âge de dix-huit ans, et il est dit, d'autre part, qu'à cette époque Mantithée était déjà inscrit sur le registre du dème [3]. Eschine, d'un autre côté, nous apprend sur lui-même qu'après être sorti de l'enfance, ἐκ παίδων ἀπαλλαγείς, il a été pendant deux ans περίπολος d'une certaine contrée. Or, comme les Athéniens faisaient leurs deux premières années de service dans les περιπόλοι et que, au témoignage même d'Harpocration [4],

(1) Bekker, *Anecd.*, I, p. 255 : τὸ δὲ οὖν ἐπὶ διετὲς ἡβῆσαι ἐστι τὸ γενέσθαι ἐτῶν ἄλλων δυοῖν μετὰ τὴν ἥβην.

(2) Harpocration, v° ἐπιδιετὲς ἡβῆσαι· Δημοσθένης ἐν τῷ κατὰ Στεφάνου, Διδυμός φησιν ἀντὶ τοῦ ἐὰν ις' ἐτῶν γένωνται τὸ γὰρ ἡβῆσαι μέχρι ιδ' ἔστιν. ἀλλ' οἱ ἔφηβοι παρ' Ἀθηναίοις ὀκτωκαιδεκαετεῖς γίνονται, καὶ μένουσιν ἐν τοῖς ἐφήβοις ἔτη β', ἔπειτα τῷ ληξιαρχικῷ ἐγγράφονται γραμματείῳ, καθά φησιν Ὑπερείδης ἐν τῷ πρὸς Χάρητα ἐπιτροπικῷ. Pollux, VIII, 105, v° περίπολοι : ἔφηβοι περιήεσαν τὴν χώραν φυλάττοντες, ωςπερ ἤδη μελετῶντες τὰ στρατιωτικά, καὶ εἰς μὲν τοὺς ἐφήβους εἰσήεσαν ὀκτωκαίδεκα ἔτη γενόμενοι, δύο δὲ εἰς περιπόλους ἠριθμοῦντο. εἰκοστῷ δὲ ἐνεγράφοντο τῷ ληξιαρχικῷ γραμματείῳ. L'auteur de l'*Etymolog. mag.*, v° ἐπὶ διετὲς ἡβῆσαι, reproduit la définition d'Harpocration.

(3) Démosthène, *Adv. Bœot.*, I, § 29, II, §§ 11 et s.

(4) Harpocration, v° ἐπώνυμοι.

le service militaire commençait à l'âge de dix-huit ans, il en suit que l'on sort de l'enfance pour devenir majeur, c'est-à-dire éphèbe et περίπολος, à l'âge de dix-huit ans [1]. On voit également dans un plaidoyer de Lycurgue [2] que tous les citoyens, après avoir été inscrits sur le registre civique et être devenus éphèbes, prêtaient un serment conçu en ces termes : οὐ καταισχυνῶ ὅπλα τὰ ἱερά, οὐδ' ἐγκαταλείψω τὸν παραστάτην ὅτῳ ἂν στοιχήσω, κτλ. [3]. Or, il n'est pas vraisemblable que ce serment ait pu être prêté après l'entrée des éphèbes dans le corps des περίπολοι ; il devait naturellement la précéder, et, comme elle a lieu à dix-huit ans, il en résulte que l'inscription sur le registre du dème s'effectue à la même époque. On pourrait alléguer dans le même sens plusieurs autres arguments non moins décisifs, notamment celui qui est tiré de l'exemple de Démosthène qui, né dans la première année de la 99e olympiade, était majeur dans la troisième année de la 103e olympiade et a pu, à cette époque, actionner ses tuteurs [4]. Mais nous jugeons inutile d'insister sur ce point, car la théorie d'après laquelle l'inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον était opérée à l'âge de dix-huit ans a été confirmée d'une manière absolument décisive par l'Ἀθηναίων πολιτεία où Aristote nous dit en termes formels : ἐγγράφονται δ' εἰς τοὺς δημότας ὀκτωκαίδεκα ἔτη γεγονότες [5]. L'erreur des lexicographes est ainsi manifestement démontrée.

(1) C'est ce que dit également le scholiaste d'Eschine (*In Ctesiph.*, § 122) : ἐπὶ διετὲς ἡβῆσαι· Δίδυμος λέγει τοὺς ἑκκαίδεκα ἔτη γενομένους. Τὸ γὰρ ἡβῆσαι μέχρι τεσσαρεσκαίδεκα ἐτῶν ἐστιν. Ἔφηβοι δὲ παρ' Ἀθηναίοις ὀκτωκαιδεκαέτεις γίνονται, καὶ μένουσιν ἐν τοῖς ἐφήβοις ἔτη δύο. Πολλάκις ἔγνωμεν ὅτι ἀπὸ ὀκτωκαίδεκα ἐτῶν ἐνεγράφοντο εἰς τὸ ληξιαρχικὸν οἱ Ἀθηναῖοι. — Cf. Bekker, *Anecd.* I, p. 255 : ἐπὶ διετὲς ἡβῆσαι : τὸ γενέσθαι ἐτῶν ὀκτωκαίδεκα, ἵνα ἤδη ᾖ τὸ ἑκκαίδεκα ἐτῶν γενέσθαι.

(2) Lycurgue, *C. Leocr.*, § 77. Cf. Démosthène, *De fals. leg.*, § 303 : τὸν ἐν τῷ τῆς Ἀγλαύρου τῶν ἐφήβων ὅρκον.

(3) V. la démonstration faite par Schaefer, *Das Geburtsjahr des Demosthenes*, *loc. cit.*, p. 38 et s.

(4) C. 42.

Cette erreur provient, du reste, de ce qu'ils n'ont pas aperçu la différence qui existait entre ceux qui ἐπὶ διετὲς ἥβησαν et ceux qui ἔφηβοι ἐγένοντο. Ils ont appliqué mal à propos aux deux années éphébiques l'expression ἐπὶ διετὲς ἡβῆσαι [1], tandis qu'elle désignait les deux années qui précédaient l'entrée dans l'éphébie légale [2].

Tout n'est point terminé une fois que l'on a admis que l'enfant est inscrit sur le registre civique à l'âge de dix-huit ans, et il s'agit à présent de savoir si cette inscription peut s'effectuer dans le courant de la dix-huitième année, ou bien, au contraire, s'il ne faut pas attendre que cette dix-huitième année soit accomplie. La première solution a eu d'assez nombreux partisans [3]. Ils se fondent principalement sur le cas de Démosthène qui, étant âgé de sept ans à la mort de son père, est resté en tutelle dix ans et quelques jours et a pu aussitôt intenter contre son tuteur l'action de tutelle [4]. Mais cette manière de voir ne peut tenir, à notre avis, contre le texte d'Aristote qui parle de l'inscription de

(1) L'erreur commise, en sens inverse, par Didyme (*Harpocration*, vº ἐπιδιετὲς ἡβῆσαι; Schol. Esch. *In Ctesiph.*, § 122, v. *supra*, p. 108, note 2 et 109 note 1) qui fait commencer la majorité à seize ans, provient de la même confusion. Cf. Hermann-Thalheim, p. 13, note 3.

(2) Cf. Van den Es, p. 117 et s.; Schæfer, *loc. cit.*, p. 19 et s.; Haussoulier, *loc. cit.*, p. 13; Gilbert, t. I, p. 218; Hafter, p. 72 et s.; Schœmann, *de Comit. Ath.*, p. 76; Schœmann-Galuski, I, p. 411; Hermann-Thumser, p. 459; Hermann-Thalheim, p. 13; Hruza, I, p. 49; Philippi, *Beitræge* p. 100; Müller-Busolt, IV, 1, p. 19; Cicotti, p. 80; Dumont, *Essai sur l'éphébie attique*, I, p. 22; Girard, *in* Daremberg et Saglio, vº *Ephebi*, p. 621 et s.; Schulin, p. 10. — Girard (*loc. cit.*) observe, avec raison, qu'il ne faut pas confondre l'éphébie naturelle, essentiellement variable suivant les individus, avec l'éphébie légale, qui commençait plus tard et durait un temps déterminé. C'est en se référant à l'éphébie naturelle que le scholiaste de Lucien, *Catapl.* 1, a pu dire: ἔφηβοι καλοῦνται οἱ ἀπὸ πεντεκαίδεκα ἐτῶν νέοι ἄχρι τῶν εἴκοσι. — Cf. Xénophon *Cyr.* I, 2, 8. Le sens du mot ἔφηβος a dû d'ailleurs varier avec les écrivains et les époques.

(3) Schæfer, *loc. cit.*, p. 35 et 47; Müller-Busolt, IV, 1, p. 213; Gilbert, t. I, p. 218; Lipsius, *Neue Jahrb. f. Philol.*, 1878, p. 303; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Ekklesia*, p. 516.

ceux ὀκτωκαίδεκα ἔτη γεγονότες [1], c'est-à-dire avant dix-huit ans accomplis, car ce n'est pas avoir dix-huit ans que d'être dans sa dix-huitième année. Le sens de ces termes se précise davantage quand, un peu plus loin, Aristote [2] parlant de la docimasie à laquelle procèdent les démotes, dit à propos de la condition d'âge : κἄν τις δόξῃ νεώτερος ὀκτωκαίδεκ' ἐτῶν εἶναι (ἡ βουλὴ) ζημιοῖ τοὺς δημότας τοὺς ἐγγράψαντας [3]. Il est possible, du reste, de concilier avec notre solution ce que dit Démosthène sur la durée de sa tutelle. On peut très bien supposer que la huitième année de l'orateur était déjà avancée au moment du décès de son père et, comme Démosthène ne dit point que sa tutelle ait duré juste dix ans, ni qu'il ait agi en justice le lendemain de sa majorité, il se peut très bien que l'orateur ait eu dix-huit ans accomplis au moment où il poursuivait ses tuteurs [4].

L'âge de la majorité est le même pour tous les Athéniens, On a voulu cependant faire une distinction entre les orphelins et les fils d'épiclères, d'une part, et ceux qui, d'autre part, ont encore leur père au moment où ils veulent être inscrits sur le registre civique, et l'on a dit que pour les premiers la majorité avait lieu un an plus tôt que pour les seconds [5]. Mais cette distinction ne repose, à notre avis, sur aucune base sérieuse, et elle se trouve en contradiction avec les termes généraux dans lesquels les auteurs que

(1) Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 4 et 6.

(2) *Constit. des Athéniens*, c. 42.

(3) Ainsi que l'observe Hermann-Thumser (p. 459), on ne peut supposer qu'à l'époque d'Aristote l'âge de la majorité n'ait pas été fixé de la même manière qu'auparavant.

(4) Cf. en ce sens : Voemel, *in Heidelb. Jahrb.*, 1830, p. 275; Westermann, *in Pauly's Realencykl.*, III, p. 163; Hermann-Thumser, p. 459 ; Hermann-Thalheim, p. 13. Schulin, p. 10, qui d'ailleurs ne connaissait pas le texte d'Aristote, déclare la question douteuse. Haussoulier, p. 15. et Schœmann-Galuski, I, p. 411, ne se prononcent pa

(5) Otto Haupt, *in Berlin. Zeitsch. f. d. Gymnasialw.*, 1862, t. XVI, p. 218 et s.

nous avons précédemment cités fixent à dix-huit ans l'inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον [1].

Nous avons à présent à rechercher comment s'opère cette inscription sur le registre civique, quelle en est la procédure et quels en sont les effets. C'est l'assemblée du dème qui statue sur l'inscription, ou, en d'autres termes, sur l'admission des nouveaux citoyens. Cette assemblée, ne comprenant que des citoyens, et parmi eux les seuls démotes (δημόται) [2], se réunit soit dans le dernier, soit dans le premier mois de l'année athénienne, à une date qui n'est point d'ailleurs nécessairement la même pour tous les dèmes, et que l'on fixe eu égard aux fêtes ou aux occupations des démotes [3]. Dans cette assemblée, présidée par le démarque, on procède d'abord à la désignation des nouveaux magistrats du dème, puis à l'admission des nouveaux démotes.

Les jeunes gens qui ont atteint l'âge fixé par la loi, sont présentés ordinairement par leur père, s'ils l'ont encore, ou, à défaut de leur père, par le démote qui a autorité sur eux ; ils peuvent l'être également par des parents ou des amis [4]. Le jeune homme peut même se présenter seul, ainsi que le prouve l'exemple de Bœotos, allant trouver les démotes et leur demandant de l'inscrire sous le nom de Mantithée [5]. Enfin, en l'absence du jeune homme, son père ou tout

(1) Hafter, p. 11, note 1 ; Schulthess, p. 17. — Grasberger (*Erziehung u. Unterricht*, III. p. 21 et s.), tout en admettant cette solution pour les fils d'épiclère et les orphelins en général, fait cependant exception pour les fils des guerriers morts pour la patrie. Mais cette exception n'est pas plus justifiée. Cf. Schulthess, p. 27.

(2) V. sur la composition de cette assemblée : Haussoulier, *in* Daremberg et Saglio, vº *Demos* et *Vie municipale*, p. 11 et s.

(3) Cf. Schæfer, *loc. cit.*, p. 27 ; Haussoulier, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 84 et *Vie municipale*, p. 17 ; Van den Es, p. 121 ; Philippi, *Beitræge*, p. 100 ; Gilbert, I, p. 218.

(4) Eschine, *De fals. leg.*, § 150. Cf. Van den Es, p. 115 ; Haussoulier, *loc. cit.*

(5) Démosthène, *Adv. Bœot.* I, § 5. — Cf. Démosthène, *Adv. Leoch.*, §§ 37 et 39, où l'on voit Léostratos se présenter également seul devant les démotes.

autre démote, peut introduire la requête tendant à l'admission. Il n'est pas nécessaire, en effet, que celui qu'il s'agit d'inscrire sur le registre du dème soit présent à l'assemblée, ainsi qu'en témoigne le cas de Thrasyllos, qui fut inscrit pendant qu'il était à Delphes [1]. En fait, comme les nouveaux inscrits étaient enrôlés quelques jours après parmi les éphèbes, il devait arriver rarement que les jeunes Athéniens fussent absents du dème et ne pussent se rendre à l'assemblée au moment de leur inscription [2]. Le jeune homme, ou celui qui prend la parole en son nom, requiert l'inscription sur le registre civique, c'est-à-dire l'admission dans le dème.

Avant de voter, on procède à une enquête, δοκιμασία, afin de vérifier si les conditions prescrites par la loi sont remplies. Aristote nous a indiqué les éléments de cette enquête avec la plus grande précision, en disant : ὅταν δ' ἐγγράφωνται, διαψηφίζονται περὶ αὐτῶν ὀμόσαντες οἱ δημόται, πρῶτον μὲν εἰ δοκοῦσι γεγονέναι τὴν ἡλικίαν τὴν ἐκ τοῦ νόμου,... δεύτερον δ' εἰ ἐλεύθερός ἐστι καὶ γέγονε κατὰ τοὺς νόμους [3]. Les démotes doivent donc rechercher, en premier lieu, si le postulant a l'âge légal, c'est-à-dire, suivant nous, dix-huit ans accomplis, et, en second lieu, s'il est libre et s'il est né conformément aux lois, ce qui veut dire, ainsi que nous l'avons précédemment établi [4], s'il est né d'un père et d'une mère citoyens ; mais il n'y a pas à se préoccuper de la légitimité de sa filiation [5]. Le registre de la phratrie fournit ordinairement la preuve des faits dont les démotes ont à vérifier l'existence, car, normalement, l'enfant est inscrit sur ce registre et, à supposer que ce registre ait été perdu ou mal tenu, c'est naturellement au témoignage des phratores que les démotes recourent pour se rensei-

(1) Isée, *De Apollod. her.*, §§ 27, 28.
(2) Haussoulier, *Vie municipale*, p. 18.
(3) *Const. des Athén.*, c. 42.
(4) *Supra*, t. I, p. 516 et s.
(5) *Contra*, Haussoulier, *Vie municipale*, p. 18 et *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 84.

gner sur l'âge et sur les conditions de la naissance du postulant. Mais la preuve de l'âge et celle de la filiation ne sont nullement subordonnées à la présentation d'un extrait du registre de la phratrie ou au témoignage des phratores, car l'introduction préalable dans la phratrie n'est point une condition de l'admission dans le dème. C'est ainsi que, comme nous l'avons admis, les enfants naturels, qui sont en dehors de la phratrie, peuvent néanmoins être reçus dans le dème s'ils sont nés ἐξ ἀμφοτέρων ἀστῶν. A l'inverse, ni le témoignage des phratores, ni l'inscription sur le κοινὸν γραμματεῖον n'emportent nécessairement admission dans le dème, car tout est remis en question devant les démotes [1]. Si le candidat est convaincu de ne pas avoir l'âge légal, il est renvoyé dans la classe des enfants [2]. Si les démotes n'admettent point que le candidat soit ἐλεύθερος, celui-ci peut en appeler au tribunal des héliastes, auprès duquel les démotes nomment cinq d'entre eux pour soutenir l'accusation, et, si le tribunal leur donne raison, l'accusé peut être vendu comme esclave au profit de l'État; dans le cas contraire, il est inscrit d'office sur le registre du dème [3]. Aristote ne mentionne l'intervention des héliastes qu'en cas de désaccord sur le point de savoir si le postulant jouit ou non de la liberté. Mais il semble bien qu'en cas de contestation au sujet de l'âge ou de la naissance ἐξ ἀμφοθέρων ἀστῶν, un appel eût été également possible. Cela ressort notamment du passage d'Aristophane sur lequel nous aurons bientôt à nous expliquer [4]. Nous ne croyons point cependant qu'en pareil cas on ait appliqué à l'appelant qui succombait devant les héliastes la sanction rigoureuse de la vente comme esclave, sanction qui se comprend si le débat porte sur la liberté,

(1) Haussoulier, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 84.
(2) Aristote, *loc. cit.* : ἀπέρχονται πάλιν εἰς παῖδας.
(3) Aristote, *loc. cit.*
(4) *Vespæ*, v. 578 et s.

mais qui n'a pas de raison d'être s'il porte seulement sur l'âge ou la naissance [1].

L'examen auquel on procède ainsi avant d'inscrire les jeunes gens sur le registre du dème est la δοκιμασία εἰς ἄνδρας et, si le résultat en est favorable au postulant, on dit de lui qu'il est δοκιμασθεὶς εἰς ἄνδρας [2]. On s'est demandé si, outre l'enquête à laquelle se livrent les démotes et qui porte sur les points que nous avons précédemment indiqués, il n'y a pas lieu à un autre examen, subi devant les héliastes et ayant pour objet l'appréciation du développement physique du candidat. On voit, en effet, dans les *Guêpes* d'Aristophane, le vieux Philocléon énumérer, parmi les privilèges attachés à la qualité de juge, celui d'assister à l'examen corporel que subissent les jeunes gens et, par suite, de παίδων δοκιμαζομένων αἰδοῖα θεᾶσθαι [3].

Ce texte a été très diversement interprété. Suivant certains auteurs, l'examen corporel dont il est ici question n'a aucune signification juridique. Il a simplement pour objet de vérifier si les enfants sont assez forts pour être admis dans les écoles destinées aux exercices physiques et qui portaient à Athènes le nom de palestres [4]. Dans une autre opinion, on dit que la déclaration de majorité est subordonnée non seulement à l'enquête dont nous avons parlé, mais encore à certaines épreuves portant sur le développement physique du postulant [5]. Cette solution est conforme à celle que rappelle Justinien dans ses Institutes, lorsqu'il dit : « Puberta-

(1) V. toutefois Girard, *in* Daremberg et Saglio, v° *Ephebi*, p. 623 ; Müller-Busolt, IV, I, p. 216.

(2) Cf. Isocrate, *Areopag.*, § 37 : ἐπειδὴ δ' εἰς ἄνδρας δοκιμασθεῖεν ἐξῆν αὐτοῖς ποιεῖν ὅ τι βουληθεῖεν. Cf. Isocrate, *Panathen.*, § 28 ; Lycurgue, *C. Leocr.*, § 76 ; Eschine, *C. Timarch.*, § 18.

(3) Aristophane, *Vesp.*, v. 578.

(4) Meier, *De gentil. attic.*, p. 17 ; Van den Es, p. 112 ; Philippi, *Beiträge* p. 101.

(5) Schœmann-Galuski, I, p. 411 ; B. W. Leist, p. 61, note k ; Heffter, p. 76, note 16 ; Dumont, *Essai sur l'éphébie attique*, I, p. 28 ; Grasberger, *loc. cit.*, III, p. 23.

tem veteres, non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis æstimari volebant [1]. » On peut faire observer en ce sens que Platon, dans son *Traité des Lois* [2], charge les juges de décider si les jeunes gens et les jeunes filles sont nubiles, et ordonne qu'à cet effet les jeunes gens paraissent devant les juges complètement nus. Or, a-t-on dit, une semblable règle ne se comprend guère dans un livre dont l'auteur veut que le mariage des jeunes gens soit différé jusqu'à vingt-cinq ans, car il n'est pas besoin de vérifier, à cet âge, si la puberté est acquise. On doit donc supposer que Platon, lorsqu'il a parlé de cet examen corporel, avait perdu de vue la règle qu'il avait édictée dans sa république idéale relativement à l'âge requis pour le mariage et qu'il a exposé le droit en vigueur à Athènes [3]. Le rapprochement des textes d'Aristophane et de ce passage de Platon amène ainsi à dire qu'à Athènes, de même qu'à Rome, on confiait aux juges le soin de décider, *ex habitu corporis*, si la puberté existait réellement chez l'enfant et si, par suite, celui-ci pouvait être déclaré majeur.

Nous ne pouvons admettre cette manière de voir. Elle est, en effet, en contradiction avec le texte d'Aristote précité, qui ne fait dépendre en aucune façon l'inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον d'un examen corporel du postulant. Les démotes n'ont à se préoccuper que de deux choses, de son âge et de sa condition civile. Il y a sans doute à tenir compte, à un certain point de vue, du développement physique des jeunes gens; mais ce n'est pas au point de vue de

(1) Pr. *Quib. mod. tutel. fin.*, I, 22.

(2) *Leges*, XI, 925.

(3) Hermann (*Jur. domest. compar.*, p. 27 et *Staatsalterth.*, 5e éd. § 120, 8) qui fait cette observation, paraît toutefois limiter l'intervention des juges au cas de diadicasie concernant une épiclère et où l'un des prétendants, quoique d'un degré plus éloigné dans l'anchistie, prétend l'emporter sur son adversaire en disant que celui-ci est impuissant. Mais cette hypothèse est manifestement inadmissible, ainsi que nous l'avons précédemment démontré. V. *supra*, t. I, p. 446.

la déclaration de majorité ; c'est seulement en ce qui concerne le service militaire auquel peuvent être appelés, comme éphèbes, ceux qui viennent d'être déclarés majeurs. Si les nouveaux citoyens ne possèdent pas l'aptitude nécessaire pour remplir convenablement ce service, ils en sont écartés, mais ils n'en conservent pas moins la jouissance de leurs droits civils et politiques. A qui maintenant appartient ce rôle, que l'on peut comparer à celui d'un conseil de révision ? Ce serait aux héliastes athéniens, si l'on s'en réfère au passage précité des *Guêpes* d'Aristophane. Nous ferons observer néanmoins qu'Aristote, tout en attribuant aux héliastes le pouvoir de juger l'appel contre la décision défavorable des démotes sur l'âge et la condition civile du postulant, ne parle nullement de leurs attributions concernant l'examen corporel du candidat. Ce rôle paraîtrait plutôt dévolu à la Βουλή (Sénat ou Conseil). Aristote dit, en effet, qu'après l'inscription sur le registre du dème, μετὰ ταῦτα δοκιμάζει τοὺς ἐγγραφέντας ἡ βουλή... ἐπὰν δὲ δοκιμασθῶσιν οἱ ἔφηβοι... La docimasie des éphèbes appartient donc, d'une manière générale, à la Βουλή, et c'est celle-ci qui, croyons-nous, doit, plutôt que les héliastes, se prononcer sur l'aptitude au service militaire [1].

Après l'enquête dont nous avons parlé, les démotes votent sur l'admission du postulant. Ce vote est entouré de garanties religieuses, et peut être immédiatement précédé d'un sacrifice. Au surplus, avant de déposer leur bulletin, les démotes prêtent serment sur les chairs d'une victime [2]. Le vote a lieu au scrutin secret. S'il est favorable, le candidat est admis dans l'association du dème et son nom est inscrit par le démarque sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον.

Cette inscription n'est point toutefois irrévocable, et il est

(1) Cf. sur cette question : Schulthess, p. 34 et s.; Meier, Schoemann et Lipsius, p. 253 et s.

(2) Isée, *De Apollod. her.*, § 28 : ὀμόσαντες καθ' ἱερῶν. — Cf. Aristote, *Constit. des Athén.*, § 42.

(3) Haussoulier, *Vie municipale*, p. 18.

soumis à une révision par la Βουλή. Si celle-ci, d'après Aristote [1], reconnaît que le jeune homme inscrit sur le registre n'a pas l'âge de dix-huit ans, elle inflige une amende aux démotes qui l'ont illégalement inscrit, et le candidat est probablement ajourné à une année suivante. Bien qu'Aristote ne parle que de l'examen de l'âge, il y a lieu de croire que la révision à laquelle procède la Βουλή porte sur les autres points résolus par les démotes, c'est-à-dire sur la condition civile du candidat [2].

Les jeunes gens inscrits sur le registre du dème prêtent ensuite, dans le sanctuaire d'Aglaure, et en recevant les armes dont ils devaient se servir, un serment dont la formule nous a été conservée par Pollux et par Stobée [3]. Nous n'insisterons pas d'ailleurs sur ce point, qui a trait plutôt à l'éphébie qu'à la déclaration de majorité [4].

Le registre sur lequel sont inscrits les nouveaux citoyens est tenu par le démarque, et conservé par celui-ci dans sa demeure [5]. Toutefois le démarque n'a nullement le caractère d'un officier de l'état civil qui serait tenu d'inscrire à leur majorité les ayants-droit. Bien que présidant l'assemblée du dème, il n'apparaît, en ce qui concerne les inscriptions sur le registre, que comme un simple greffier de l'assemblée. C'est à celle-ci que s'adressent les candidats ; c'est elle qui les admet et qui dicte en conséquence au démarque l'inscription qu'il doit faire sur le registre. Aussi a-t-on très justement observé que l'admission dans le dème était moins un acte administratif qu'une sorte de cooptation. Les actes religieux et les serments qui l'accompagnaient en étaient la garantie et le vote en était la sanction [6].

(1) *Loc. cit.* : μετὰ δὲ ταῦτα δοκιμάζει τοὺς ἐγγραφέντας ἡ βουλή, κἄν τις δόξῃ νεώτερος ὀκτωκαίδεκ' ἐτῶν εἶναι, ζημιοῖ τοὺς δημότας τοὺς ἐγγράψαντας.

(2) Cf. Girard, *loc. cit.*, p. 623.

(3) Pollux, VIII, 105 ; Stobée, *Floril.*, 43, 48.

(4) Cf. Girard, *loc. cit.*, p. 624 ; Schœmann-Galuski, I, p. 411; Van den Es, p. 121.

(5) Harpocration, v° Δήμαρχος. Cf. Haussoulier, *Vie municipale*, p. 19.

(6) Foucart, *Mémoire sur les colonies athéniennes au Ve et au IVe siècle*,

Le registre du dème, c'est le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, expression dont il importe de rechercher l'origine en raison de l'importance qu'on a voulu lui attribuer. Le mot ληξιαρχικὸν dérive du mot λῆξις, qui signifie, à proprement parler, tirage au sort. Le sort fixe, en effet, à Athènes, l'ordre dans lequel les affaires sont appelées : λαγχάνειν δίκην, c'est obtenir une action, λῆξις c'est le fait d'obtenir une action [1]. La signification du mot λῆξις se précisa davantage et désigna spécialement l'action en pétition d'hérédité [2] et, par une extension assez naturelle, le mot λῆξις s'appliqua à l'héritage même, aux biens de la succession. C'est de cette manière que Harpocration et le scholiaste d'Eschine expliquent le mot ληξιαρχικὸν employé pour désigner le registre du dème : ce registre fut ainsi qualifié parce que ceux qu'on y inscrivait avaient la disposition de la λῆξις, c'est-à-dire de leur héritage (κλῆρος) et, d'une manière générale, de tous leurs biens (οὐσία) [4].

On s'est fondé sur l'origine que nous venons de donner de l'expression ληξιαρχικὸν γραμματεῖον pour attribuer à l'inscription sur le registre du dème un caractère qui, à notre avis,

p. 352, *in Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des Inscriptions et belles lettres*, 1re série, t. IX, 1re part., p. 323 et s. ; Haussoulier, *loc. cit.*, p. 19.

(1) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 792 et s.

(2) V. Isée, *De Pyrrhi her.*, § 60 et s. ; *De Dicæog. her.*, § 17.

(3) Harpocration, v° ληξιαρχικὸν γραμματεῖον· Αἰσχίνης ἐν τῷ κατὰ Τιμάρχου, εἰς ὃ ἐνεγράφοντο οἱ τελεωθέντες τῶν παίδων, οἷς ἐξῆν ἤδη τὰ πατρῷα οἰκονομεῖν. παρ' ὃ καὶ τοὔνομα γεγονέναι, διὰ τὸ τῶν λήξεων ἄρχειν· λήξεις δ' εἰσὶν οἵ τε κλῆροι καὶ αἱ οὐσίαι, ὡς καὶ Δείναρχος ἐν τῇ α' καθ' Ἡγελόχου συνηγορίᾳ ὑπὲρ ἐπικλήρου. — Schol. Eschin. *C. Timar.*, § 18 : ἐκλήθη δὲ ληξιαρχικὸν ἀπὸ τῆς λήξεως, ὅ ἐστι τῆς οὐσίας καὶ τοῦ κλήρου, καθώσπερ ἐξουσίαν λοιπὸν ἐλάμβανε αὐτὸς ὁ ἐγγραφεὶς τῶν πατρῴων, εἰ ἦν ὑπὸ ἐπιτρόπους.

(4) Gilbert, I, (1re éd.), p. 187 ; Schæfer, *loc. cit.*, p. 31 ; Haussoulier, *loc. cit.*, p. 13, 14 ; Müller-Busolt, IV, 1, p. 213. Suidas et Photius (v° ληξιαρχικὸν γραμματεῖον) se sont mépris évidemment sur l'origine de l'expression en question, lorsqu'ils la voient dans le tirage au sort des magistrats qui se nommait également λῆξις. Cf. Schol. Eschin., *loc. cit.* : ἔνθα ἐνεγράφοντο οἱ ἐκ παίδων γενόμενοι μειρακίσκοι, ἴσως ὅτι ἔξεστι τούτοις λαγχάνειν τινὰς ἀρχὰς ὡς ἤδη νοοῦσιν. Cf. Schæfer, *loc. cit.*

lui est absolument étranger. Le nom de ce registre, a-t-on dit, est emprunté à des considérations de droit purement privé et non de droit public. Aussi la possibilité de se mettre en possession d'une succession dépend-elle quelquefois de l'inscription sur ce registre. C'est ainsi que, d'après Isée [1], Thrasyllos, fils adoptif d'Apollodore, et légalement assimilé à un fils légitime, a été introduit par son père adoptif dans la phratrie et dans le dème de celui-ci. Lorsqu'après le décès d'Apollodore Thrasyllos veut se mettre en possession de l'héritage, il doit absolument fournir la preuve de son inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον du dème d'Apollodore. On voit de même, dans le plaidoyer de Démosthène contre Léocharès [2], que la pétition d'hérédité formée par un fils adoptif est rejetée en raison de l'irrégularité de l'inscription de ce fils sur le registre du dème, inscription qui n'avait pas été précédée de l'introduction dans la phratrie. On en conclut que l'institution du ληξιαρχικὸν γραμματεῖον est fondée non pas seulement sur des raisons ayant trait à la jouissance des droits politiques, mais aussi et principalement sur des raisons touchant au droit de famille et au droit de succession, et c'est même à ces dernières que le registre devrait son nom. Dès lors, dit-on, ce registre ne peut comprendre que des personnes qui sont en possession de l'ἀγχιστεία, et qui, par suite, appartiennent à une phratrie. Le droit de succéder étant ainsi une condition de l'inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, les νόθοι, même s'ils sont nés de deux citoyens, ne peuvent donc faire partie d'un dème, car, sauf la somme insignifiante qui correspond à la νοθεῖα, ils n'ont aucun droit de succession [3].

Cette théorie, ainsi que nous l'avons déjà précédemment observé en exposant la condition civile des νόθοι [4], attribue une importance exagérée à l'inscription sur le registre du

(1) Isée, *De Apollod. her.*, §§ 15 et s., 27 et s.
(2) Démosthène, *Adv. Leoch.*, §§ 31 et s.
(3) Philippi, *Beitræge*, p. 105, 106.
(4) V. *supra*, t. I, p. 518 et s.

dème. Il n'existe aucun lien nécessaire entre cette inscription et la jouissance des droits de famille et de succession. La preuve en est que les mineurs et les femmes, qui ne peuvent être inscrits sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, sont aptes aussi bien que les citoyens inscrits sur ce registre, à recueillir une succession, à avoir la λῆξις τοῦ κλήρου. L'inscription sur le registre peut, sans doute, jouer un rôle important dans les questions de succession, car le registre du dème est un véritable registre d'état civil et peut fournir une preuve décisive dans les questions de filiation et de parenté. Il en est surtout ainsi pour la filiation adoptive qui, ainsi que nous l'avons vu, résulte d'une déclaration de volonté de l'adoptant, volonté qui se manifeste par l'introduction de l'adopté dans la phratrie et dans le dème de l'adoptant. Mais la filiation et les privilèges qu'elle confère sont, en droit, complètement indépendants de l'inscription sur le registre du dème. A l'inverse, celle-ci peut avoir lieu, comme nous l'avons admis pour les νόθοι *ex cive attica*, bien que le candidat ne jouisse point des droits de famille et de succession. En définitive, l'inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον a uniquement pour but de constater que le mineur, parvenu à l'âge de dix-huit ans accomplis et réunissant les autres conditions prévues par la loi, est désormais majeur, et a, comme tel, la libre disposition de sa personne et de ses biens.

Au surplus, l'inscription sur le registre civique n'a que le caractère d'un simple procès-verbal destiné à conserver le souvenir du vote d'admission dans le dème. C'est un livre très utile où les magistrats pourront, à l'occasion, trouver des renseignements précieux, par exemple, lorsqu'il s'agira de dresser un tableau des citoyens ayant le droit de paraître à l'assemblée, de fournir des liturgies, de confectionner des catalogues militaires (1). Mais le registre civique ne forme

(1) Démosthène, *in Boeot.*, I, §§ 7 et s., signale tous les inconvénients qui

point un titre exclusif de toute autre preuve et même il ne fait pas nécessairement preuve. La preuve testimoniale est, en effet, la seule admise par le droit athénien dans les questions d'état. Aussi, lorsqu'un individu veut établir qu'il est dûment en possession du titre de citoyen, il ne se reporte pas seulement au registre civique ; il produit également des témoins, et recherche les témoignages des membres du dème qui ont pris part au vote et qui se sont engagés à le recevoir dans leur association [1]. Les orateurs athéniens ont soin de mettre en relief l'importance de ces témoignages [2], et ils nous montrent aussi combien de démarches sont quelquefois nécessaires pour arriver à les recueillir [3].

L'inscription sur le registre du dème, constatant la majo-

peuvent résulter d'une irrégularité commise dans l'inscription sur le registre du dème. Cf. Schæfer, *loc. cit.*, p. 31.

(1) Haussoulier, *Vie municipale*, p. 20, 21.

(2) Ainsi Isée, dans son plaidoyer pour l'héritage de Philoctémon (§ 64), somme son adversaire, s'il veut prouver que les enfants par lui présentés sont légitimes, d'apporter les preuves ordinairement usitées. Ce n'est point, dit-il, en lisant le nom de leur mère qu'il etablira leur légitimité, ἀλλ' ἐὰν ἐπιδεικνύῃ ὡς ἀληθῆ λέγει, τοὺς συγγενεῖς παρεχόμενος. τοὺς εἰδότας συνοικοῦσαν τῷ Εὐκτήμονι, τοὺς δημότας καὶ τοὺς φράτορας, εἴ τι ἀκηκόασι πώποτε κτλ. De même Euxithée (Démosthène, *C. Eubulid.*, § 24 n'a pas d'autres preuves que des témoignages pour établir que son père était citoyen athénien et il dit aux héliastes : τὰ μὲν τοίνυν ὑπὸ τῶν συγγενῶν καὶ φράτορων καὶ δημοτῶν καὶ γεννητῶν, ὧν προσήκει, μαρτυρούμενα ἀκηκόατε. ἐξ ὧν ἔστιν ὑμῖν εἰδέναι, πότερον ποτ' ἀστὸς ἢ ξένος ἦν ᾧ ταῦθ' ὑπῆρχεν. — A supposer d'ailleurs que chaque Athénien eût possédé une tablette de bronze où était constaté son état civil (V. Egger, *in Mémoires d'histoire ancienne et de philologie*, IV, *Observations historiques sur les formalités de l'état civil chez les Athéniens*, p. 203), cela ne l'aurait point dispensé de prouver sa qualité de citoyen ou sa filiation par le témoignage des membres de la famille, de la phratrie ou du dème. Cf. Haussoulier, *loc. cit.*, p. 21 à 27.

(3) Lysias, *C. Pancleon.*, §§ 1-9.

(4) En cas de perte du registre du dème, on le reconstitue au moyen d'une διαψήφισις qui s'opère dans des formes semblables à celles qui accompagnent l'introduction ordinaire dans le dème d'un nouveau citoyen. Les démotes votent les uns sur les autres sous la foi d'un serment solennel, καθ' ἱερῶν. Démosthène, *C. Eubulid.*, § 26. Cf. Schæfer, *loc. cit.*, p. 27, 28 et 31.

rité du nouveau démote, lui confère, d'une manière générale, la jouissance de tous les droits politiques et civils. Nous n'insisterons pas en ce qui concerne les droits de la première catégorie, car c'est là une question de droit public étrangère à nos études. Nous nous bornerons à observer que l'exercice d'un des droits politiques les plus importants, celui de paraître à l'assemblée du peuple, est subordonné à une autre inscription qui s'opère sur le πίναξ ἐκκλησιαστικός, ou tableau des citoyens ayant le droit de participer à l'assemblée. En fait, toutefois, cette dernière inscription ne se fait pas avant que le jeune homme ait atteint l'âge de vingt ans accomplis, car il doit passer les deux premières années de sa majorité dans le corps des éphèbes. Mais, en droit, il n'y a nul obstacle qui s'oppose à ce que le nouveau citoyen, du moment qu'il a été reçu dans le dème, soit également reçu dans l'assemblée. Si donc, pour une cause quelconque, par exemple en raison d'une infirmité, ou parce qu'il appartient à la dernière classe des citoyens, le nouveau démote est dispensé de s'enrôler parmi les éphèbes, il peut se présenter à l'assemblée, et on ne peut l'en chasser comme intrus. Le seul titre exigé de lui est celui de démote et, pour l'établir, il lui suffit de justifier de son inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον et sur le πίναξ ἐκκλησιαστικός [1]. Nous observerons, en outre, que c'est seulement à l'âge de trente ans révolus que les citoyens entrent dans la pleine jouissance de leurs droits politiques, car jusqu'à cet âge ils ne sont pas admissibles aux fonctions publiques et ne peuvent être investis ni de la dignité sénatoriale, ni des emplois de judicature. Lorsqu'ils possèdent la pleine jouissance de tous les droits que la loi assure aux citoyens, ils ont ce que l'on nomme l'ἐπιτιμία, expression que l'on peut traduire par

(1) Haussoulier, *Vie municipale*, p. 14 et 112; Philippi, *Beiträge*, p. 101; Schæfer, *loc. cit.*, p. 36; Gilbert, I (1re éd.), p. 188; Hermann-Thumser, p. 462; Glotz, *in* Daremberg et Saglio, vo *Ekklesia*, p. 516.

celle d'honorabilité, ce qui ne veut point dire d'ailleurs que l'expression opposée, ἀτιμία, entraîne toujours l'idée de flétrissure [1].

Au point de vue des droits civils, l'inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, ou, en d'autres termes, la déclaration de majorité qu'elle constate, a pour effet de rendre le nouveau citoyen absolument maître de sa personne et de ses biens, et elle lui confère l'exercice de tous les droits résultant de l'anchistie et dont sa minorité l'empêchait jusqu'alors d'user en personne. Ce sont ces effets que Xénophon résume par un mot en disant que l'inscription sur le registre du dème rend les enfants αὐτοκράτορες [2]. Eschine les caractérise autrement : « Tant que l'Athénien, dit-il, est encore enfant, ce n'est pas personnellement à lui que le législateur s'adresse ; il parle à ceux qui entourent cet enfant, à son père, à son frère, à son tuteur, à ses maîtres, en un mot à ceux sous la puissance desquels il se trouve (τοῖς κυρίοις). Mais une fois qu'il a été inscrit sur le registre civique, qu'il a étudié et qu'il connaît les lois de la cité, et qu'il peut déjà discerner le bien du mal, le législateur ne prend plus alors d'intermédiaire et s'adresse directement à l'enfant » [3].

Une fois majeur, le nouveau citoyen, placé directement sous l'autorité de l'État, est complètement libéré de la puissance paternelle et des effets qu'elle entraîne. Ainsi, notamment, il peut se marier sans avoir à demander le consentement de son père, et sans même être tenu, comme dans certaines législations modernes, de lui demander son avis [4]. Certaines obligations du fils envers son père survivent sans doute à la déclaration de majorité, mais ces obligations, comme nous l'avons vu, sont moins des effets de la

(1) Cf. Schœmann-Galuski, I, p. 412 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Atimie*.

(2) Xénophon, *Memor.*, II, 1, 21.

(3) Eschine, *C. Timarch.*, § 18.

(4) V. *supra*, t. I, p. 157.

puissance paternelle que des conséquences du lien que la nature elle-même a créé entre ascendants et descendants.

La majorité, qui entraîne l'extinction de la puissance paternelle, met fin également aux pouvoirs du tuteur, dans le cas où l'enfant, ayant perdu son père, se trouvait en tutelle.

Le citoyen majeur a la libre disposition de son patrimoine (κλήρου καὶ οὐσίας) et les actes de gestion et d'aliénation qu'il passe relativement à ses biens sont parfaitement valables, sans que d'ailleurs il passe par une période de demi-capacité semblable à celle des mineurs qui, en droit romain, sont pourvus d'un curateur même après la cessation de la tutelle jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. Ayant la libre disposition de ses biens, le citoyen athénien majeur de dix-huit ans peut faire un testament ou une adoption [1].

La majorité confère également l'exercice des droits résultant de l'anchistie et qui n'étaient jusqu'alors qu'à l'état latent. Ainsi le fils inscrit sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον devient le kyrios de ses sœurs, en sa qualité de plus proche anchisteus. De même, dans une opinion qui est généralement admise, mais que nous ne partageons pas [2], le fils majeur deviendrait, en cas de prédécès du père, le kyrios de la mère veuve.

Lorsqu'il s'agit spécialement du fils d'une épiclère, sa majorité non seulement l'émancipe de la puissance paternelle, mais encore lui confère la jouissance de la fortune laissée par l'aïeul maternel et qui, par une sorte de substitution, est transmise au θυγατριδοῦς après avoir résidé jusque là sur la tête de l'épiclère. Suivant certains auteurs, la majorité du fils de l'épiclère a, en outre, pour effet de lui conférer la tutelle de sa mère. Mais c'est là, selon nous, une opinion inexacte [3].

(1) V. *supra*, p. 37.
(2) V. *infra*, ch. III, sect. II, Tutelle des femmes.
(3) V. *supra*, t. I, p. 477.

La déclaration de majorité confère, en principe, la capacité d'ester en justice sans aucune autorisation ni assistance. C'est même, comme nous l'avons vu, à la possibilité d'ester en justice que fait allusion le mot ληξιαρχικόν employé pour désigner le registre du dème. Toutefois, pendant la durée de l'éphébie légale, c'est-à-dire pendant les deux années qui suivent l'inscription sur le registre du dème, la loi, pour empêcher les éphèbes de négliger les devoirs que leur impose leur situation spéciale, leur interdit de paraître en justice aussi bien comme demandeurs que comme défendeurs, si ce n'est dans trois cas exceptionnels, à savoir lorsqu'il s'agit d'un héritage, d'une épiclère ou d'un sacerdoce patrimonial [2]. Ces dispositions expliquent comment Démosthène put, aussitôt après son inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον et, par suite, pendant la durée de son service éphébique, poursuivre ses tuteurs [3]. La faculté accordée de revendiquer une épiclère explique également comment un jeune homme pouvait être marié avant d'avoir terminé son stage. Au surplus, il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une épiclère pour que le mariage soit possible. Ainsi voit-on, dans un plaidoyer de Démosthène [3], que Mantithée s'est marié dès l'âge de dix-huit ans pour faire plaisir à son père [4].

Un dernier effet, non point de la déclaration de majorité, mais plutôt de l'admission dans le dème et de l'inscription sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, c'est de compléter le nom par l'adjonction du démotique, c'est-à-dire par l'indication du

(1) Aristote, *Constit. des Ath.*, c. 42 : καὶ δίκην οὔτε διδόασιν οὔτε λαμβάνουσιν, ἵνα μὴ πράγμασι συγγίνωνται, πλὴν περὶ κλήρου καὶ ἐπικλήρου, κἄν τινι κατὰ γένος ἱερωσύνη γένηται.

(2) Démosthène, *In Onet.*, I, §§ 15 et 17 ; *In Midiam*, § 78.

(3) Démosthène, *In Bœot.*, II, §§ 4 et 12.

(4) En compensation des obligations et des incapacités spéciales qui pèsent sur eux, les éphèbes sont dispensés de certaines charges auxquelles sont soumis les autres citoyens. Cf. Girard, *in* Daremberg et Saglio, v° *Ephebi*, p. 625.

dème [1]. Le démotique est, du reste, réservé tout naturellement aux hommes et aux citoyens [2].

L'âge de la majorité n'était point fixé de la même manière dans toutes les villes grecques et il était tantôt plus reculé, tantôt plus avancé qu'à Athènes. Ainsi à Jasos, les jeunes gens sont majeurs à vingt ans seulement [3], à Tyane, à vingt et un ans [4], et, d'après une inscription laconienne, cinq ans après la puberté [5]. Par contre, une inscription de Dymé fixe la majorité à dix-sept ans accomplis [6]. D'après Denys d'Halicarnasse [7], Pittacus et Charondas auraient adopté dans leurs législations le même âge que Solon, c'est-à-dire dix-huit ans. Le même âge se rencontre peut-être aussi à Sparte, si l'on admet que l'entrée des jeunes garçons dans la classe des μελλείρενες coïncide avec leur majorité, et que les μελλείρενες correspondent ainsi aux éphèbes [8]. A Delphes la majorité commence, de même qu'à Athènes, lorsque les jeunes gens ἐπὶ δίετες ἡβῶσι [9]. A Gortyne enfin la majorité paraît avoir commencé, comme à Athènes, à la fin de la dix-huitième année, quand le jeune homme est devenu δρο-

(1) Le démotique est indiqué soit sous la forme d'un adjectif, comme Θορίκιος, Παιανιεύς, soit par le nom du dème au génitif précédé de la préposition ἐκ, ἐκ Κηδῶν, ἐκ Κολωνοῦ. Cf. Haussoulier, *Vie municipale*, p. 13, 15.

(2) Dans les inscriptions funéraires de l'Attique où figurent des femmes, le démotique n'est pas ajouté à leur nom; il est joint au nom de leur père. Les filles des citoyens sont, du reste, inscrites sur le registre de la phratrie. Haussoulier, *loc. cit.*, p. 15.

(3) Héraclide de Pont, *Polit.*, 40 : ἐπεσκόπουν δὲ καὶ τοὺς ὀρφανοὺς ὅπως παιδεύωνται, καὶ τὰς οὐσίας αὐτοῖς ἀπεδίδοσαν εἴκοσι ἐτῶν γενομένοις.

(4) C'est ce que l'on peut induire de la vie d'Apollonius par Philostrate (I, 13) où l'on voit qu'Apollonius de Tyane partagea avec son frère la succession paternelle, ce frère âgé de 25 ans étant majeur, tandis qu'Apollonius, âgé de 20 ans, était mineur. Cf. Dareste, *in Journ. des Savants*, 1885, p. 271.

(5) *Inscr. gr. ant.*, 68.

(6) *Samml. griech. Dialekt-Inschriften*, II, nº 1615.

(7) II, 26.

(8) Plutarque, *Lycurgue*, 17. Cf. Schœmann-Galuski, t. I, p. 303.

(9) Eschine, *In Ctesiph.*, § 122.

μεός, c'est-à-dire lorsqu'il a le droit de s'exercer au gymnase public [1].

De l'apokéryxis.

Dans la législation romaine, où la puissance paternelle durait jusqu'à la mort du père de famille, on avait remédié, dans une certaine mesure, à cette perpétuité par la théorie de l'émancipation ou renonciation volontaire du *pater* à sa puissance et qui rompait tout lien d'agnation entre l'émancipé et sa famille, les liens naturels de cognation subsistant seuls. L'émancipé perdait, en conséquence, tous les droits de succession et de tutelle qui étaient la conséquence de l'agnation, mais, par contre, pouvait avoir désormais un patrimoine propre. La perte des droits de succession pouvait résulter également pour un fils de famille de l'exhérédation régulièrement prononcée. Enfin, à l'exhérédation, qui avait pour effet de dépouiller les enfants par testament, correspondait l'*abdicatio liberorum*, par laquelle le père pouvait de son vivant expulser les enfants de sa maison et s'affranchir de l'obligation alimentaire qui pesait sur lui, pourvu qu'il pût invoquer un grief sérieux [2].

Rencontre-t-on dans le droit attique des institutions semblables à celles que nous venons de rappeler ? En ce qui concerne d'abord l'émancipation, on n'en trouve aucune trace à Athènes, et c'est là, du reste, une institution qui n'aurait pas eu de raison d'être dans une législation où la puissance paternelle finissait d'assez bonne heure, et entraînait à dix-huit ans l'émancipation complète du fils de famille. On ne pouvait, d'autre part, songer sérieusement à le libérer plus tôt de la puissance paternelle [3].

(1) Cf. sur la distinction des différentes périodes de l'adolescence à Gortyne, Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 406-408, Gilbert, *Staatsalterth.*, II, p. 224, note 1 ; Bücheler et Zitelmann, p. 60-62.

(2) Cf. Accarias, I, n° 94, note.

(3) Cf. B. W. Leist, p. 62 ; Mitteis, p. 212.

Mais on rencontre, à Athènes, une autre institution, dont le caractère n'apparaît pas très nettement en raison de l'insuffisance des sources et qui n'est peut-être qu'une sorte de de combinaison de l'exhérédation et de l'*abdicatio* romaine : c'est l'ἀποκήρυξις [1], dont l'effet est, sinon d'anéantir définitivement et absolument le lien de parenté et de puissance qui unit le père au fils, du moins de le relâcher considérablement. Ce qui fait la difficulté de la matière, c'est que l'ἀποκήρυξις ne nous est connue que par une fantaisie idéale de Lucien et par quelques passages obscurs et incomplets des grammairiens et des lexicographes, auxquels il faut joindre un passage du *Traité des Lois* de Platon dans lequel le philosophe expose ses vues réformatrices sur ce point du droit.

L'expression dont se servent les anciens auteurs pour désigner l'institution qui nous occupe est celle d'ἀποκήρυξις, du verbe ἀποκηρύττειν qui signifie proclamer par la voix d'un héraut. Aussi ce dernier mot est-il employé dans des sens très divers. C'est ainsi que ἀποκηρύττειν peut s'appliquer à des marchandises vendues publiquement [2]. Plutarque raconte, d'autre part, qu'Antiphon, dans un de ses libelles, a écrit qu'Alcibiade, étant enfant, s'enfuit de la maison de ses tuteurs dans celle d'un nommé Démocratès, dont il était aimé. Ariphron voulait ἀποκηρύττειν Alcibiade, mais Périclès s'y opposa en disant : « S'il est mort, la criée (τὸ κήρυγμα) ne nous l'apprendra qu'un jour plus tôt ; s'il est vivant, nous l'aurons déshonoré, par cet éclat, pour le reste de sa vie » [3].

(1) Klesel a publié une dissertation assez insignifiante sur l'apokéryxis, sous le titre περὶ ἀποκηρύξεως, de abdicatione ad leg. VI, Cod. de patria potestate. Leipsig, 1753.

(2) Thomas Magister : ἀποκηρύττειν.... τὸ διὰ κηρύγματος πωλεῖν... καὶ ἀποκήρυκτος ὁ οὕτω πωλούμενος. Ammonius, v° κηρύξαι· κηρύξαι μὲν γὰρ καὶ ἀποκηρύξαι λέγουσιν ἐπὶ τοῦ ὑπὸ κήρυκι ἀποδίδοσθαι. Μένανδρος, Ἀπεκήρυξεν αὐτὴν ἀγαγών, οἷον ὑπὸ κήρυκι ἐπώλησε. *Adde* Démosthène, *C. Aristocr.*, § 201 ; Hérodote, I, 194. — Cf. Van den Es, p. 130, 131.

(3) Plutarque, *Alcibiade*, c. 3.

Il est évident qu'ici le mot ἀποκήρυττειν ne se réfère à aucune abdication de puissance, et que la proclamation que le tuteur voulait faire effectuer par la voix d'un héraut avait simplement pour objet de mettre Alcibiade en demeure de réintégrer la maison de ses tuteurs [1].

Pour tout ce qui est publié par l'organe d'un héraut, on peut employer l'expression ἀποκηρύττεσθαι ; peu importe qu'il s'agisse d'un décret du peuple ou d'une affaire purement privée. Si donc les Athéniens ont connu l'abdication de la puissance paternelle et s'ils l'ont nommée ἀποκήρυξις, c'est certainement en raison des formes suivies pour atteindre ce but. Mais, ainsi qu'on l'a justement observé, l'expression ἀπόῤῥησις aurait bien mieux correspondu à la chose. Le père, en effet, par cette abdication ἀπαγορεύει à son fils la communauté de famille ; ensuite, pour porter cette interdiction à la connaissance du public, il la ἀποκηρύττει [2]. Les anciens auteurs emploient, du reste, dans le même sens, le mot ἀπαγορεύειν. Ainsi Hérodote [3] nous raconte que Chilon persuada Hippocrate, père de Pisistrate, de ne pas se marier et d'ἀπείπασθαι le fils qui aurait pu lui être né afin d'éviter les malheurs qui le menaçaient [4].

Avant de rechercher quelle peut être, au point de vue de la puissance paternelle, la véritable portée de l'ἀποκήρυξις, nous devons indiquer les différentes définitions qui en ont été données par les grammairiens ou les lexicographes. Suivant Hesychius [5], on qualifie d'ἀποκήρυκτος, ὁ ἐπὶ ἁμαρτήμασιν ἐκπεσὼν τῆς πατρῴας οἰκίας. Suidas [6] porte : ἀποκηρυχθῆναι τοῦ γένους. οἱ δέ φασι διαφέρειν ἐκποίη-

(1) Van den Es, p. 130 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 536, note 147 ; Ciccotti, 86 ; Pauly, *Real-Encyclopædie* (2e édit.), vo ἀποκήρυξις, p. 125.

(2) Van den Es, p. 131 ; Ciccotti, p. 86, 87.

(3) Hérodote, I, 59.

(4) Euripide dit, dans le même sens, *Alc.*, v. 737 : εἰ δ' ἀπειπεῖν χρῆν με κηρύκων ὑπὸ τὴν σὴν πατρῴαν ἑστίαν, ἀπεῖπον ἄν.

(5) Vo ἀποκήρυκτος.

(6) Vo ἐκποίητον γενέσθαι. Cf. vo ἀποκήρυκτον.

του ἀποκηρύκτου· ὅτι ὁ μὲν ἀποκήρυκτος ἐπὶ κολάσει ἐκβάλλεται, ὁ δὲ ἐκποίητος ὑπὸ του φύσει πατρὸς εἰς ἕτερον οἶκον δίδοται πρὸς θέσιν. Mœris [1] dit à ce sujet : ἀποκήρυκτον Ἀττικοί, ἀπόρρητον Ἕλληνες, παρ' οὐδενὶ τῶν παλαιῶν. D'après le lexique de Séguier [2], est qualifié ἀποκήρυκτος : ὁ ἐπὶ ἁμαρτήμασιν ἐκπεσὼν τῆς πατρῴας οἰκίας· ἐκποίητος δὲ ὁ ἑτέρῳ δοθεὶς εἰσποιήσασθαι, οὕτως Ἐρατοσθένης [3]. Ammonius [4] s'exprime ainsi : ἀποκήρυκτος καὶ ἐκποίητος διαφέρει. ἀποκήρυκτος μὲν γάρ ἐστιν ὁ ἐπὶ ἀδικήματι ὑπὸ του πατρὸς ἐκβληθεὶς τῆς οἰκίας, ἐκποίητος δὲ, ὁ δοθεὶς ὑπὸ τοῦ πατρὸς εἰς υἱοθεσίαν ἄλλῳ [5]. Pollux [6], tout en signalant l'expression ἀποκηρῦξαι υἱὸν καὶ υἱωνόν, dit que le mot ἀποκήρυκτος οὐκ ἔστιν ἐν χρήσει τῇ παλαιᾷ, mais que Théopompe s'en est servi, et il ajoute : οὐδὲν Θεοπόμπῳ σταθμητὸν εἰς ἑρμηνείας κρίσιν. Thomas Magister [7], et l'Etymologicum magnum [8] définissent enfin l'ἀποκήρυκτος, le premier, ὁ ἐπὶ ἀδικήματι ἐκβληθεὶς τῆς οἰκίας παρὰ τοῦ πατρός, le second, ὁ ἐπὶ κολάσει ἐκβάλλεται.

Denys d'Halicarnasse [9] fait également allusion à l'apokéryxis lorsqu'il nous dit que Solon, Pittacus et Charondas ont établi des peines entre les enfants désobéissants : τιμωρίας τε κατὰ τῶν παίδων ἔταξαν, ἐὰν ἀπειθῶσι τοῖς πατράσιν, οὐ βαρείας, ἐξελάσαι τῆς οἰκίας ἐπιτρέψαντες αὐτοὺς καὶ χρήματα μὴ καταλιπεῖν. On a voulu aussi rattacher à l'ἀποκήρυξις un passage de Démos-

(1) V° ἀποκηρυχθέντα.

(2) Bekker, *Anecd.*, I, p. 215.

(3) Le même lexique, v° ἐκποίητον γενέσθαι (Bekker, p. 247) dit encore : διαφέρει δὲ ἐκποίητος ἀποκηρύκτου. ὁ μὲν γὰρ ἐπὶ κολάσει ἐκβάλλεται· ὁ δὲ ἐκποίητος ὑπὸ τοῦ φύσει πατρὸς εἰς ἄλλον οἶκον δίδοται εἰς θέσιν.

(4) V° ἀποκήρυκτος.

(5) Eranius Philo (in Ammonii editione valckenaria, p. 147, n° 155) reproduit cette même définition en opposant également l'ἀποκήρυκτος a l'ἐκποίητος.

(6) IV, 93.

(7) P. 37.

(8) P. 323, 40.

(9) II, 26. V. *supra*, p. 76, note 2.

(10) Petit, II, 4, 11, p. 234; Meier et Schœmann, *Attische Process*, 1re ed., p. 432; Meursius, *Themis*, p. 8, note c ; Telfy, *Revue critique d'histoire et de littérature*, 1869, I, 399; Pauly, *loc. cit.*; Hermann-Blumner, p. 78, note 3.

thène, dans lequel l'orateur dit que non seulement le père peut donner un nom à l'enfant au moment de sa naissance, mais encore qu'il peut ultérieurement changer ce nom, οὐ μόνον θέσθαι τοὔνομα ἐξ ἀρχῆς ἀλλὰ κἂν πάλιν ἐξαλεῖψαι βούλωνται καὶ ἀποκηρῦξαι [1]. Mais, à notre avis, ce passage n'a nullement trait à l'abdication de la puissance paternelle. Il se trouve, en effet, dans le premier plaidoyer contre Bœotos περὶ τοῦ ὀνόματος, où le procès porte uniquement sur une question de nom. Le demandeur prétend qu'au père seul appartient le droit de donner un nom à son enfant et de le changer ensuite, s'il le veut, à la condition toutefois de porter ce changement à la connaissance des intéressés au moyen d'une proclamation par la voix du héraut. Cette proclamation, dans la pensée de l'orateur, se réfère exclusivement au changement de nom, ainsi que cela résulte soit de l'ensemble même du plaidoyer, où il ne s'élève aucune question de puissance paternelle, soit de l'interprétation littérale du mot ἀποκηρῦξαι qui, employé seul ici, ne peut évidemment viser que l'ἐξάλειψις dont vient de parler Mantithée. Si l'orateur avait voulu parler de l'abdication de la puissance paternelle, il aurait dit καὶ τοὺς παῖδας ἀποκηρῦξαι et non point simplement καὶ ἀποκηρῦξαι [2]. On ne saurait d'ailleurs soutenir que le changement de nom ne puisse avoir lieu qu'à l'occasion d'une ἀποκήρυξις, car le texte précité de Démosthène accorde d'une manière absolue aux parents le droit de modifier le nom de leurs enfants [3].

Il nous a paru nécessaire de réunir tout d'abord ces différents témoignages, malgré leur défaut de précision, car ce n'est guère que d'après eux qu'on peut essayer de construire la théorie athénienne de l'ἀποκήρυξις. Ce qui en

(1) Démosthène, *Adv. Bœot.*, I, § 39.

(2) Valckenaer, sur Ammonius, liv. I. c. VI, p. 20; Van den Es, p. 127; Caillemer, *in Annuaire*, 1870, p. 31, note 1; Ciccotti, p. 86; Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 535, note 146.

(3) Lipsius, *loc. cit. Contra.* Plilippi, *Gœtt. gel. Anz.*, 1867, p. 781.

résulte tout d'abord, c'est une opposition soigneusement relevée par la plupart des auteurs précités entre l'ἀποκήρυξις et l'ἐκποίησις. Celle-ci, tout en supposant une renonciation volontaire à la puissance paternelle, implique l'établissement d'une autre puissance à la place de celle qui vient de s'éteindre, car l'enfant ἐκποίητος passe, comme nous l'avons vu, de la maison et du culte de son père naturel dans la maison et dans le culte de son père adoptif. L'ἀποκήρυξις ne produit, au contraire, qu'un effet négatif; c'est une abdication pure et simple, mais où la puissance qui s'éteint ne paraît remplacée par aucune autre de même nature.

Nous abordons maintenant les difficultés, et elles sont nombreuses, qui s'élèvent sur le caractère et les effets de l'apokéryxis. On peut se demander tout d'abord si cette mesure suppose, chez le père de famille qui y recourt, l'existence de la puissance paternelle, ou si, en d'autres termes, l'enfant ἀποκηρυττόμενος doit encore être mineur. On a soutenu l'affirmative en disant que si l'enfant est déjà *sui juris*, il n'y a pas lieu à l'apokéryxis et que l'exhérédation suffit [1]. Mais rien n'est moins certain. L'apokéryxis peut, en effet, même après la majorité de l'enfant, être utile au père, si l'on admet qu'elle a pour effet de décharger le père de l'obligation alimentaire qui continue à peser sur lui même après la majorité de l'enfant. L'apokéryxis nous paraît, d'autre part, être la condition préalable de l'exhérédation. Donc elle peut intervenir alors même que la puissance paternelle a pris fin par la majorité de l'enfant. Nous estimons même, qu'en principe, cette mesure n'est guère employée que contre les enfants majeurs pour leur enlever tout droit à la succession paternelle, si du moins on admet que cette déchéance ne peut être prononcée contre un fils qu'à titre de peine, car ce n'est guère qu'après être devenu majeur qu'un enfant

(1) Bœckh, *Ind. lect. Berol.*, 1825-1826, p. 6 (*Klein. Schr.* IV, 231).

peut se rendre coupable envers son père d'un fait de nature à attirer sur lui un châtiment aussi rigoureux.

Une autre question, plus délicate, est celle de savoir si le pouvoir du père d'ἀποκηρύττειν est absolu ou si, au contraire, il ne comporte par certaines limites et n'est point, en conséquence, soumis au contrôle des tribunaux. Dans une opinion, on décide que le père de famille a une entière liberté pour prononcer contre son fils l'apokéryxis. Le seul contrôle auquel il soit soumis, est, dit-on, celui de l'opinion publique avertie par la proclamation du héraut. Un abus de pouvoir est, d'ailleurs, peu à redouter, en raison des idées religieuses qui dominent l'organisation de la famille et du vif désir qu'a tout citoyen de ne pas laisser à sa mort une « maison déserte [1]. » Lucien dit, il est vrai, dans son Ἀποκηρυττόμενος, que le père ne peut prononcer l'apokéryxis que pour certaines causes déterminées et que les tribunaux peuvent être appelés à apprécier l'existence d'une juste cause d'abdication. Mais il ne s'agit là que de la fantaisie idéale d'un rhéteur. On voit bien encore, dans les grammairiens ou dans les lexicographes, que l'ἀποκηρυττόμενος est expulsé de la maison paternelle ἐπὶ ἀδικήματι ou ἐπὶ κολάσει τοῦ πατρὸς, mais c'est uniquement par opposition à l'enfant ἐκποίητος que ces auteurs s'expriment ainsi, afin de montrer que l'enfant ἀποκήρυκτος a démérité, tandis que l'ἐκποίησις peut s'expliquer par des considérations toutes différentes. Hérodote [2], d'ailleurs, ne suppose nullement que cet exercice des pouvoirs paternels puisse faire naître un procès. On allègue également, en faveur de l'omnipotence du père de famille, le passage précité de Démosthène, où l'orateur, niant que les fils soient maîtres de leur nom, met son adversaire au défi de trouver une telle loi et affirme, au contraire, que la loi donne au père, non seulement le pouvoir d'imposer un nom à ses

(1) Cf. Isée, *De Apollod. her.*, § 30.

(2) I, 59.

enfants, lors de leur naissance, mais aussi de le leur enlever quand il le veut : ἐξαλεῖψαι καὶ ἀποκηρῦξαι [1]. On peut enfin argumenter en ce sens du texte de Platon [2] où le philosophe, avant d'indiquer les règles qu'il propose d'adopter sur ce point, s'exprime ainsi : οἱ πατέρες ἡγοῖντ' ἂν δεῖν τὸν νομοθέτην νομοθετεῖν ἐξεῖναι σφίσιν ἐὰν βούλωνται τὸν υἱὸν ὑπὸ κήρυκος ἐναντίον ἁπάντων ἀπειπεῖν [3].

Nous estimons, au contraire, que l'apokéryxis ne peut pas être prononcée arbitrairement par le père de famille et que sa décision peut être attaquée devant les tribunaux. C'est, en effet, ce que nous dit expressément Lucien dans son *Abdicatus* [4]. Nous ne prétendons point, sans doute, que l'on doive ajouter une foi absolue aux indications d'un discours qui n'est qu'une fiction de rhéteur et qui a été composé à une époque assez éloignée de celle dont nous étudions la législation. On ne peut cependant refuser toute autorité à une source qui est la plus riche de toutes celles que nous possédons sur cette matière, et cela d'autant plus que les indications de Lucien sont conformes aux définitions des grammairiens et des lexicographes et qu'elles se trouvent corroborées par d'autres considérations assez sérieuses. Ainsi d'abord, les auteurs dont nous avons précédemment visé les définitions, semblent d'accord pour présenter l'ἀποκήρυξις comme une peine prononcée en raison des fautes commises par le fils, ἐπὶ ἀδικήματι, ἐπὶ ἁμαρτήμασιν, ἐπὶ κολάσει. En vain objecte-t-on que ces auteurs ne s'expriment ainsi que pour marquer

(1) *Adv. Boeot.*, I, § 39.

(2) Démosthène, *Adv. Boeotum*, § 39. V. *supra*, p. 132.

(3) *Leges*, XI, 928 d.

(4) Hermann, *Jur. dom. et fam. comp.*, p. 15 ; Hermann-Blumner, p. 78.

(5) Lucien, *Abdic.*, c. 8 : οὐ γὰρ ἅπασιν ὁ νομοθέτης οὐδὲ πάντας υἱοὺς οὐδὲ ὁσάκις ἂν ἐθέλωσιν ἀποκηρύττειν συγκεχώρηκεν οὐδ' ἐπὶ πάσαις αἰτίαις, ἀλλ' ὥσπερ τοῖς πατράσι τὰ τηλικαῦτα ὀργίζεσθαι ἔδωκεν, οὕτως καὶ τῶν παίδων προὐνόησεν, ὡς μὴ ἀδίκως αὐτὸ πάσχωσι· καὶ διὰ τοῦτο οὐκ ἐλευθέραν ἔφηκε γίγνεσθαι οὐδὲ ἄκριτον τὴν τιμωρίαν, ἀλλ' ἐς δικαστήριον ἐκάλεσε καὶ δοκιμαστὰς ἐκάθισε τοὺς μήτε πρὸς ὀργὴν μήτε πρὸς διαβολὴν τὸ δίκαιον κρινοῦντας.

l'opposition qui existe entre l'ἀποκήρυξις et l'εἰσποίησις. Cette objection qui, du reste, ne peut s'appliquer à toutes les définitions présentées, notamment à celle d'Hésychius, n'enlève rien de sa valeur à l'idée exprimée par tous les anciens grammairiens et lexicographes, et aussi par Denys d'Halicarnasse, que l'ἀποκήρυξις ne peut être arbitrairement prononcée par le père de famille et qu'elle est seulement destinée à réprimer une faute commise par l'enfant. Or, si l'apokéryxis exige une *justa causa*, la conséquence naturelle en est que l'enfant expulsé de la maison paternelle peut contester l'existence d'une semblable cause et en appeler aux tribunaux. On doit d'autant moins admettre que la décision du père de famille soit souveraine et sans appel, que les effets de l'apokéryxis peuvent se produire non seulement dans le domaine du droit privé, mais encore dans celui du droit public. En se plaçant même exclusivement au point de vue du droit famille, le contrôle des tribunaux paraît d'autant plus naturel que, dans le droit attique, à la différence du droit romain, le père de famille n'a pas une liberté absolue de tester lorsqu'il a des fils. Si donc l'apokéryxis entraîne, comme nous le verrons, l'exhérédation de l'enfant contre qui elle est prononcée, du moins faut-il qu'elle repose sur une cause dont les tribunaux reconnaîtront la légitimité en cas de contestation. Nous argumenterons enfin en ce sens de ce que dit Platon dans son *Traité des Lois*, où il impose, vraisemblablement sans innover, l'observation de certaines formalités pour la validité de l'abdication. La seule réforme qu'il propose doit consister, selon nous, conformément à l'esprit général de sa législation idéale, dans la substitution d'un conseil de famille au tribunal ordinaire. L'objection tirée du passage de Démosthène qui accorde au père le droit de ἐξαλεῖψαι καὶ ἀποκηρῦξαι ne nous paraît nullement décisive. Ainsi que nous l'avons vu, il s'agit exclusivement dans ce plaidoyer des droits du père relativement au nom de l'enfant ; or il n'est pas possible de conclure du nom à l'expul-

sion complète que constitue l'ἀποκήρυξις et notamment à la privation des biens héréditaires. On comprend très bien que le législateur ait, en ce qui concerne l'ἀποκήρυξις proprement dite, accordé aux enfants une plus grande protection vis-à-vis de l'omnipotence paternelle que lorsqu'il s'agissait d'un simple changement de nom sans grande importance pour l'enfant [1].

Le recours de l'enfant contre la décision paternelle qui le frappe injustement a-t-il lieu dans la forme d'une action spéciale, qui serait nommée δίκη ἀποκηρύξεως. On l'a soutenu [2], et cette conjecture pourrait s'appuyer sur la mention que fait à plusieurs reprises Quintilien d'un *judicium abdicationis* [3]. Il faut reconnaître cependant que les auteurs grecs ne parlent nulle part d'une semblable δίκη. Peut-être l'enfant pouvait-il s'adresser simplement à l'archonte éponyme chargé, d'une manière générale, de protéger les incapables comme les orphelins et les filles épiclères, et le veto de ce magistrat pouvait faire obstacle à l'abdication prononcée par le père sans cause légitime [4].

Dans l'opinion que nous venons d'adopter, on peut, en ce qui concerne le caractère des *justæ causæ* ἀποκηρύξεως,

1) Cf. en ce sens : Van Assen, *De abdicatione apud Athenienses promulgata*, cité par Van den Es, p. 125, note 1 ; Schulin, *loc. cit.*, p. 36 ; Hefter, p. 387 ; Platner, *Process*, II, p. 241 ; Van Stegeren, p. 89 ; Schœmann-Galuski, I, p. 572 ; Cauvet, p. 178 ; Boissonade, p. 43 ; Pauly, *loc. cit.* ; Gide, *in* Daremberg et Saglio, v° Apokeryxis ; Caillemer, *Annuaire*, 1870, p. 30 et *Successions*, p. 15 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 533 ; Ciccotti, p. 87 ; B. W. Leist, p. 79 ; Gans, I, p. 323 ; Bucheler et Zitelmann, p. 165. — Cf. Klesel, dissertation précitée ; Mitteis, p. 212.

(2) Eschbach, *Introduction à l'étude du droit*, p. 542 ; Boissonade, *in Revue historique de droit français et étranger*, 1867, p. 262 ; B. W. Leist, p. 79 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 539.

(3) Quintilien, *Inst. orat.*, liv. VII, c. 4, §§ 10 et 27.

4) Petit, *Leg. att.*, II, 4, 11 ; Boissonade, *Réserve héréditaire*, p. 44. — Cf. Van Stegeren, p. 89 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 537.

s'en référer à un autre passage de Lucien, mais en le considérant moins comme l'expression de la loi que comme un conseil donné aux juges chargés d'apprécier la gravité de la faute commise par l'enfant : εἰ τις θεραπείαν ἢ ἐπιμέλειαν υἱοῦ παρῆλεν, εἰ ἀπόκοιτος ἐγένετο, εἰ πότους ἀκαίρους ἢ κώμαις ἐγκαλεῖται, εἰ ἄσωτός ἐστιν, εἰ πορνοβοσκὸν ὕβρισεν· ἐπὶ τούτοις μάλιστα ὁ νόμος ἀποκηρύττειν ἐφίησιν [1].

Sur la forme même dans laquelle s'accomplit l'abdication, nous ne pouvons guère conjecturer qu'une chose, d'après le mot même ἀποκήρυξις, c'est que l'abdication doit être portée à la connaissance du public au moyen d'une proclamation par la voix du héraut [2]. Dans la législation romaine, le *pater* qui voulait priver ses fils de tout droit à sa succession, n'avait qu'à les exhéréder dans son testament. A Athènes, au contraire, pour arriver au même résultat, le père de famille doit procéder de son vivant à l'ἀποκήρυξις, et cela, ainsi que nous l'avons déjà observé, parce que le fils de famille athénien a sur la succession paternelle un droit beaucoup plus fort que le fils de famille romain ; on considère qu'une exhérédation testamentaire ne serait pas suffisante pour le dépouiller de ses droits successoraux [3].

La formalité que nous venons d'indiquer, si elle est nécessaire, est en même temps suffisante. On a dit cependant que l'abdication doit être précédée d'une délibération du conseil de famille [4]. Mais c'est là une pure hypothèse qui transporte dans le droit positif les règles réformatrices proposées par Platon. Nulle part, du reste, on ne voit intervenir dans le droit attique un conseil de famille analogue à celui que connaissent les législations modernes. On a dit encore

(1) C. 21. — Cf. Telfy, n° 1331.

(2) Cf. Platon, *Leges*, XI, 928, e : τὸν υἱὸν ὑπὸ κήρυκος ἐναντίον ἁπάντων ἀπειπεῖν υἱὸν κατὰ νόμον μηκέτ' εἶναι.

(3) Cf. B. W. Leist, p. 79.

(4) Caillemer, *Successions*, p. 25.

que l'abdication doit être homologuée par les tribunaux [1]. Mais cette homologation n'est point indispensable pour la validité de l'ἀποκήρυξις. Si l'enfant se soumet à la déchéance prononcée contre lui, la question n'est point soumise aux tribunaux. Ceux-ci n'ont à se prononcer que si l'enfant conteste l'existence d'une juste cause d'abdication.

On a enseigné, d'autre part, que la déclaration d'abdication doit probablement avoir lieu devant les membres de la phratrie [2]. Mais ce n'est là qu'une simple conjecture qui ne s'appuie sur aucun texte. On pourrait seulement, pour la justifier, argumenter par analogie de la reconnaissance de paternité qui, lors de la naissance de l'enfant, est faite devant les phratores [3].

Les effets de l'ἀποκήρυξις sont assez difficiles à préciser. D'une manière générale, ainsi que le disent la plupart des définitions données par les lexicographes, l'enfant abdiqué est ἐκβληθεὶς τῆς οἰκίας; il sort de la maison paternelle, de même que l'enfant ἐκποίητος, mais pour des motifs différents. Donc toutes les conséquences qu'entraînait la communauté de culte entre l'enfant et son père vont disparaître dans l'un comme dans l'autre cas.

Si nous supposons d'abord que l'abdication s'applique à un enfant mineur, elle a pour effet de mettre fin à la puissance paternelle. Mais c'est là, à notre avis, un cas plutôt exceptionnel. Si l'enfant est majeur, l'effet direct et le plus important de l'ἀποκήρυξις est de donner au père de famille toute liberté pour disposer de ses biens par testament; elle emporte même exhérédation de plein droit, car les droits de succession *ab intestat* supposent une communauté de culte qui, comme nous venons de l'observer, a été rompue par l'apokéryxis. Aussi Denys d'Halicarnasse, en se référant à

(1) Caillemer, *ibid.*
(2) Mitteis, p. 212.
(3) V. *Supra*, t. I, p. 343 et s.

cette institution, dit-il qu'elle permet au père d'ἐξελάσαι τῆς οἰκίας καὶ χρήματα μὴ καταλιπεῖν [1]. On ne saurait donc, à notre avis, pour écarter cet effet de l'apokéryxis, se prévaloir des lois que nous avons citées à propos de l'adoption et qui interdisent au père de famille de faire un testament ἂν ὦσι παῖδες γνήσιοι [2], car précisément l'abdication fait considérer ces enfants comme n'existant plus, ou comme étant sortis de la maison paternelle [3] [4].

L'apokéryxis, entraînant l'expulsion de l'enfant de la maison paternelle, doit avoir probablement pour conséquence le changement de nom de l'enfant abdiqué. Le père de famille usant du droit que lui reconnaît Démosthène [5] doit, en même temps qu'il ἀποκηρύττει son fils coupable, lui enlever le nom sous lequel il était antérieurement connu dans la famille.

L'ἀποκήρυξις rend-elle le fils tellement étranger au père qu'elle fasse disparaître l'obligation alimentaire réciproque qui existe entre eux et qui est indépendante, comme nous l'avons vu, de la puissance paternelle? Il est difficile de se prononcer sur ce point. Nous croyons toutefois pouvoir proposer une distinction, suivant qu'il s'agit de l'obligation du père ou de celle du fils. Le père peut, croyons-nous, se libérer de son obligation au moyen de l'ἀποκήρυξις, tandis que l'obligation du fils survit à l'abdication. On peut, en ce qui concerne le père, argumenter par analogie de la loi romaine où l'*abdicatio liberorum* produisait cet effet [6]. On peut également invoquer à l'appui de cette distinction un pas-

(1) II, 26. V. *supra*, p. 76, note 3.

(2) Meier, *de bonis dam.*, p. 27, note.

(3) Cf. Gide, *loc. cit.*; Van Assen, *loc. cit.*; Schulin, p. 22; Caillemer, *Droit de tester*, p. 30; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 538 et 590.

(4) Meursius (*Themis*, II, c. 13) cite en ce sens deux passages des rhéteurs Hermogenes et Syrianus portant, le premier : ὁ ἀποκήρυκτος μὴ μετεχέτω τῶν πατρῴων, le second : ὁ νόμος λέγων, τὸν ἀποκήρυκτον μὴ μετέχειν τῶν πατρῴων. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 538, note 141.

(5) *Adv. Bœot.*, I, § 39.

(6) V. *supra*, p. 128.

sage de la Morale à Nicomaque où Aristote, voulant justifier la disposition de la loi qui permet au père de répudier son fils, tandis qu'il n'est pas permis au fils de répudier son père, nous montre que cette différence se justifie par des raisons morales. Le père, dit-il, a élevé le fils ; c'est un créancier qui peut renoncer à sa créance. Le fils, au contraire, est un débiteur, qui ne peut se libérer de sa seule autorité [1] [2].

On peut se demander si l'ἀποκήρυξις rompt le lien de famille non seulement à l'égard du père, mais encore dans les rapports de l'ἀποκήρυκτος avec ses autres parents, et si notamment il les prive du droit de succéder à ces derniers. Les textes ne font aucune allusion à cette question, qui nous paraît cependant devoir être résolue d'une manière affirmative. L'enfant abdiqué ne se rattache, en effet, à sa famille paternelle, que par l'intermédiaire de son père. Si dès lors il y a rupture du lien d'agnation entre son père et lui, on ne voit pas comment ce lien pourrait encore subsister avec les autres parents paternels. On peut, en outre, argumenter en ce sens de la définition donnée par Suidas [3], d'après laquelle l'enfant ἀποκήρυκτος est expulsé τοῦ γένους, c'est-à-dire de toute la famille [4] [5].

La question est beaucoup plus délicate en ce qui concerne es rapports de l'ἀποκήρυκτος avec la phratrie dans laquelle son père l'avait introduit au moment de sa naissance. On

(1) Aristote, *Eth. Nicom.*, VIII, 14, § 4.

( ) Van Assen (*loc. cit.*) dit que l'expulsion du fils a pour effet de dégager le père de toute responsabilité quant aux dettes contractées ultérieurement par ce dernier. Mais, comme nous l'avons vu (*supra*, p. 100) la responsabilité du père à cet égard, à supposer qu'elle existe, ne peut jamais être bien considérable, du moins en ce qui concerne les obligations contractuelles du fils de famille.

(3) *Supra*, p. 130.

(4) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 538 et Ciccotti, p. 88, qui ne se prononcent pas sur ce point.

(5) L'apokéryxis paraît ainsi fort semblable, sinon identique, à l'ancienne émancipation du droit romain qui ne dut être originairement pratiquée que dans des cas exceptionnels où elle était infligée à l'enfant à titre de peine. Cf. May, I, p. 171.

pourrait être tenté de croire que cette introduction dans la phratrie, procédant uniquement de la volonté du père, doit être résolue rétroactivement par l'apokéryxis qui rend désormais le fils étranger au père. Cette solution est cependant fort contestable, car la phratrie forme une association religieuse complètement indépendante de la famille. La volonté du père est sans doute nécessaire pour y faire entrer l'enfant. Mais quand une fois celui-ci y a été introduit, on ne voit pas comment le père de famille pourrait par sa seule volonté exclure de l'association un membre qui y a été régulièrement admis, car l'ἀποκήρυξις ne fait pas disparaître rétroactivement les conditions requises pour l'admission dans la phratrie : l'enfant abdiqué n'en demeure pas moins né ἐξ ἀστῆς καὶ γαμετῆς.

L'apokéryxis nous paraît, à plus forte raison, n'avoir aucun effet sur le droit de cité de l'enfant abdiqué. A supposer même que l'abdication eût pour conséquence l'exclusion de la phratrie, on ne pourrait en induire la perte du droit de cité, car la jouissance de ce droit, ainsi que nous l'avons vu en étudiant la situation des enfants naturels [1], est indépendante de l'introduction dans une phratrie. Jamais, du reste, les auteurs auxquels nous devons les quelques renseignements que nous possédons sur l'apokéryxis, ne font la moindre allusion à l'effet que celle-ci pourrait produire quant au droit de cité, et ils en restreignent les conséquences au droit de famille [2]. Dans tous les cas, en admettant que l'expulsion hors de la famille ait pu originairement réagir sur le droit de cité, elle a dû certainement perdre toute influence sur ce point à partir des réformes de Clisthène qui ont nettement séparé le droit public du droit privé [3].

(1) V. *supra*, t. I, p. 506 et s.

(2) Cf. en ce sens, Platon, *Leges*, XI, 928, e : ἐν μὲν οὖν ἄλλῃ πολιτείᾳ παῖς ἀποκεκηρυγμένος οὐκ ἂν ἐξ ἀνάγκης ἄπολις εἴη.

(3) Hermann-Blümner, p. 78, note 4 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 538. Cf. Gide, *loc. cit.*

L'enfant ἀποκήρυκτος devenant étranger non seulement à son père, mais encore, comme nous l'avons admis, à sa famille entière, il y a lieu, s'il est encore mineur, de lui constituer un tuteur, lequel ne peut être un tuteur légitime, puisque tout lien d'agnation est rompu. C'est alors, croyons-nous, à l'archonte éponyme que doit revenir le soin d'organiser la tutelle de l'enfant abdiqué dans les hypothèses assez rares où l'apokéryxis était prononcée contre lui pendant sa minorité [1].

L'apokéryxis ne paraît entraîner par elle-même aucune peine contre l'enfant coupable [2], si ce n'est les déchéances dont nous avons parlé et qui résultent de la rupture du lien d'agnation. C'est seulement dans le cas où la conduite de l'enfant est de nature à constituer une κάκωσις que le père de famille peut, en cumulant la γραφὴ κακώσεως avec l'ἀποκήρυξις, faire infliger à son fils les peines spéciales que comporte la κάκωσις γονέων [3].

La rupture du lien de famille produite par l'apokéryxis n'est point, du reste, définitive, et le père peut consentir à replacer l'enfant dans sa situation primitive au moyen de ce que l'on appelle l'ἀνάληψις παιδός [4]. Toutefois, suivant Lucien, l'ἀποκήρυξις ne serait possible qu'une fois, sinon le pouvoir du père dégénèrerait en abus [5]. Mais cette proposition est fort suspecte car, pour la justifier, Lucien donne des rai-

(1) Cf. Schulthess, p. 40, 41.

(2) Cf. Platner, *Process*, II, p. 241.

(3) Une scholie de Syrianus et de Sopater (in Hermog. Stat. 170, citée in Telfy, n° 1333), en laquelle du reste on ne peut avoir grande confiance, rapporte une déchéance de droit public qu'entraînerait l'apokéryxis : τοὺς ἀποκηρύκτους μὴ στρατεύεσθαι πολέμου κατειληφότος.

(4) Lucien, *loc. cit.*, 9 : εἶτ' αὖθις ἀναλαβόντι καὶ λῦσαι τὴν ἀποκήρυξιν. Cf. Petit, *Leg. att.* II, 4, 11 ; Boissonade, p. 45 ; Ciccotti, p. 88 ; Hermann-Blumner, p. 78, note 4 ; Caillemer, *Succession*, p. 25. On ne peut ajouter foi au témoignage de Sopater (cité par Meusius, *loc. cit.*, p. 8, 9) suivant lequel le père qui, après avoir été injurié par son enfant, lui pardonnerait, serait frappé d'atimie.

(5) Lucien, c. 10 : ἅπαξ καὶ τὸ ἀποκηρύττειν ἀντὶ τούτου ἔχει... τὸ δ' ἀπαύστον τοῦτο καὶ ἀΐδιον καὶ ποτὲ καὶ ῥᾴδιον μεῖζον ἤδη τῆς πατρικῆς ἐστιν ἐξουσίας.

sons qui sont celles d'un rhéteur, et non d'un juriste. Il dit que le père n'ayant engendré et nourri qu'une fois son enfant, ne peut en conséquence, l'abdiquer qu'une seule fois [1]. Or, on pourrait très bien répondre à cette raison, et cela dans le même esprit que le rhéteur, que la *revocatio in domum* peut se comparer à une nouvelle génération et qu'elle donne ainsi au père le droit de procéder à une nouvelle ἀποκήρυξις s'il survient de nouvelles causes à cette abdication [2]. Au surplus, il est question, dans le discours même de Lucien, d'un médecin δὶς ἀποκηρυττόμενος et qui, rentré dans sa famille après une première *abdicatio*, en avait été renvoyé une seconde fois pour n'avoir pu guérir la folie de sa belle-mère. Quintilien [3] suppose également qu'un fils abdiqué devient fou, est rappelé dans sa famille par son père médecin qui, l'ayant guéri, le renvoie une seconde fois.

L'apokéryxis paraît avoir été d'un emploi très rare dans le droit attique, du moins à l'époque classique, et on peut, en effet, en citer à peine un exemple, celui de Thémistocle qui, du reste, est lui-même contestable [4]. La rareté du fait provient sans doute de ce que les Athéniens étaient trop désireux de laisser après eux un continuateur de leur culte domestique pour se dépouiller, par une abdication, du fils que la nature leur avait donné [5]. Il semble cependant qu'à une époque ultérieure, c'est-à-dire quand la Grèce cessa d'être libre, l'apokéryxis ait dû être plus souvent employée.

(1) *Loc. cit.* : ἅπαξ γεγέννηκας, ἅπαξ ἀνατέτροφας, ἅπαξ καὶ τὸ ἀποκηρύττειν.

(2) Boissonade, p. 46.

(3) *Declam.*, 90.

(4) Suivant Valère-Maxime (IV, 9, ext. 2) et Elien (II, 12), Thémistocle aurait été *abdicatus*, ἀποκήρυκτος par son père. Cornelius Nepos (*Themist.*, c. 1) raconte également que Thémistocle a été *a patre exhœredatus*. Mais Plutarque (*V. Themist.*, c. 2) traite de fable ce qui est dit relativement à cette ἀποκήρυξις.

(5) Caillemer, *Annuaire*, 1870, p. 31 et *Successions*, p. 25; Pauly, *loc. cit.*; Hermann-Blümner, p. 79; Cf. Van den Es. p. 133; Meier. Schœmann et Lipsius, p. 537; Ciccotti, p. 87.

D'une part, en effet, les déclamations des rhéteurs n'offrent pas de sujet plus fréquemment traité que *l'abdicatio filii* [1]. D'autre part, un rescrit de Dioclétien montre que l'apokéryxis était encore d'un usage constant à la fin du IIIe siècle après J.-C. [2]. On en a enfin relevé un exemple dans les actes du martyre de saint Cyrille à Césarée de Cappadoce, vers l'an 200 [3].

La meilleure preuve que l'apokéryxis devait être quelquefois employée par les pères de famille athéniens, c'est que Platon, dans son *Traité des Lois* [4], s'est préoccupé de poser certaines règles relatives à cette institution, et manifestement parce qu'il l'avait vue fonctionner dans des conditions qu'il jugeait trop rigoureuses pour les enfants. Il impose, en conséquence, au père de famille l'observation de certaines formalités. Il exige la réunion d'un conseil de famille composé des parents les plus proches du côté paternel et du côté maternel jusqu'au degré de cousins issus de germains, hommes ou femmes. Devant ce tribunal domestique, le père expose ses griefs contre son fils et celui-ci peut lui répondre. La sentence est rendue à la majorité des voix, sans que cependant le père, ni la mère, ni le fils aient le droit de vote. L'enfant ainsi expulsé peut entrer dans une autre famille par voie d'adoption ; mais si, dans un délai de dix ans, il ne trouve personne qui veuille l'adopter, il devra partir pour les colonies.

L'apokéryxis n'a point dû, d'ailleurs, être une institution

(1) V. les *Declamationes* de Sénèque et de Quintilien, qui, comme l'observe Dareste (*Science du droit*, p. 126, note 1), dérivent évidemment des sources grecques.

(2) L. 5, C. *De patr. potest.*, VIII, 46 : « Abdicatio quæ græco more ad alienandos liberos usurpabatur et ἀποκήρυξις dicebatur, romanis legibus non comprobatur. »

(3) Ruinart, *Acta martyrum sincera*, p. 289 : « Abdicat eum pater, domum ei claudens, et quæ in ea erant prorsus abnegabat ei. Ipse vero quasi nihilum reputabat abdicari a patre, etc. »

(4) Platon, *Leges*, XI, 928.

spéciale au droit attique. Aussi, le rescrit précité de Dioclétien y fait-il allusion en disant *græco more* et un point *attico more*. Il est probable notamment qu'à Sparte le père devait avoir le même droit de retrancher l'enfant de la famille [1]. Il existe, en outre, dans la loi de Gortyne, ainsi que nous l'avons vu en étudiant l'adoption [2], une disposition qui autorise en quelque sorte l'ἀποκήρυξις du fils adoptif par l'adoptant.

(1) Jannet, *Instit. soc. à Sparte*, p. 106.
(2) V. *supra*, p. 65, note 1.

CHAPITRE II

PUISSANCE TUTÉLAIRE

SECTION I

Tutelle des impubères.

— § 1. *Notions générales.*

L'inaptitude intellectuelle provenant du jeune âge ou du sexe, telles sont les causes qui, dans le droit attique, donnent lieu à la tutelle [1]. Cette institution paraît, au premier abord, inspirée par une pensée de protection en faveur des incapables auxquels elle s'applique. Tel n'est point cependant le caractère de la tutelle dans le droit grec primitif. A Athènes comme à Rome, et comme dans l'ancienne Germanie, il ne dut y avoir là, au début, qu'une mesure de défiance prise contre certaines personnes dans l'intérêt de la famille, du γένος. Cette considération fut même toujours dominante en ce qui concerne la tutelle des femmes. Celles-ci, en effet, même parvenues à l'âge de puberté, ne sont point,

(1) On peut dire que, dans le droit attique, sont en tutelle tous ceux qui ne sont pas inscrits sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, ce qui comprend à la fois les fils mineurs qui ne sont inscrits sur ce registre qu'à leur majorité et les femmes qui n'y sont jamais inscrites. Cf. Van den Es, p. 152. Nous faisons abstraction pour le moment des maladies mentales qui peuvent entraîner l'interdiction d'un citoyen majeur et l'établissement de mesures semblables à la tutelle. Nous traiterons de l'interdiction dans une section spéciale.

comme les hommes, libres de toute tutelle. Pour elles l'état d'incapacité se prolonge pendant toute la vie, et elles ne sortent de la tutelle proprement dite que pour retomber immédiatement sous l'autorité du κύριος. La tutelle des impubères fut également établie à l'origine en faveur de la famille et non du pupille : ce que l'on recherchait avant tout, c'était de sauvegarder les intérêts des parents appelés à succéder *ab intestat* à l'impubère. Il importait de placer celui-ci sous une surveillance telle qu'il ne pût dilapider un patrimoine qui, dans les idées primitives, était plutôt celui de la famille que le sien propre, et logiquement la tutelle devait être confiée exclusivement à ceux qui avaient intérêt à empêcher la dilapidation des biens de l'impubère [1]. Le pupille athénien dut donc originairement être soumis à une espèce de puissance qui, semblable à toutes celles du droit primitif, notamment à la puissance paternelle, devait s'exercer sans restriction d'aucune sorte, sans aucun contrôle de l'autorité [2]. Si la tutelle pouvait alors impliquer de la part des tuteurs certains devoirs envers leurs pupilles, l'observation de ces devoirs devait, comme dans l'ancienne Rome [3], être garantie beaucoup plus par les mœurs que par les lois.

Les choses durent se maintenir en cet état tant que la famille conserva son caractère primitif. Mais elles se modifièrent le jour où le législateur, émancipant l'individu des liens étroits du γένος, lui permit de disposer par testament des biens réservés jusque-là obligatoirement à ses agnats. En effet, par une conséquence naturelle de la nouvelle insti-

(1) C'est ce même caractère que présente, en droit romain, la tutelle des agnats. Ulpien, l. 1, pr. D. *De leg. tut.*, XXVI, 4 : « Hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem iidem tuerentur bona ne dilapidarentur. »

(2) C'est peut-être en raison de ce caractère primitif de la tutelle que l'on voit, dans Homère (*Iliade*, 22, 482-501), Andromaque gémir sur la destinée future de son fils orphelin.

(3) Cf. Aulu-Gelle, *Noct. att.*, V, 13.

tution, le père de famille put désigner par testament un tuteur à ses enfants impubères. Ayant ainsi la faculté d'exclure de la tutelle les plus proches parents et de confier la protection de la personne et des biens de l'enfant à une personne de son choix qui n'avait plus d'intérêt personnel à la conservation de ces biens, il transformait par là même le caractère de la tutelle et en faisait une charge sans profit, organisée dans le seul intérêt du pupille. En même temps, l'État se désintéressait de moins en moins d'une institution touchant d'aussi près à l'ordre public, et il intervenait, non seulement pour donner un tuteur au pupille qui n'en avait pas dans sa famille ou qui n'en avait pas reçu de son père, mais encore pour surveiller et contrôler la gestion du tuteur et pour fournir au pupille un certain nombre de garanties contre son tuteur. La tutelle cesse dès lors d'être une puissance domestique organisée dans l'intérêt des tuteurs, et elle devient une mesure de protection pour les impubères à raison de leur jeune âge, *ad tuendum eum qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit*, comme le disait le jurisconsulte Servius [1] de la tutelle romaine à l'époque impériale. Nous ne connaissons, du reste, dans le droit attique, la tutelle que sous ce dernier caractère, car les renseignements qui nous sont parvenus sur cette institution ne concernent que l'époque que nous nommons classique, c'est-à-dire postérieure aux lois de Solon.

La fortune des pupilles paraît, d'ailleurs, avoir été assez mal protégée à Athènes, malgré ce caractère nouveau qu'a revêtu la tutelle et malgré les précautions légales et la surveillance exercée par l'autorité. Dans un seul texte [2], on voit faire l'éloge de la gestion d'un tuteur, tandis que les discours des orateurs abondent en récriminations contre

(1) L. 1, pr. D. *De tutelis*, XXVI, 1.
(2) Isée. *De Astyph. her.*, § 29.

l'infidélité des tuteurs [1]. Aussi y a-t-il eu à Athènes un grand nombre de procès de tutelle, ce qui fait que cette institution est une de celles qui soient relativement le mieux connues et dont il est possible d'exposer une théorie à peu près complète. Nous possédons, en effet, plusieurs plaidoyers de Démosthène [2] consacrés à des questions de tutelle, notamment ceux que le grand orateur a prononcés contre ses tuteurs tout aussitôt après sa majorité. Il nous est parvenu également un plaidoyer entier de Lysias [3] sur cette même matière, et le plaidoyer d'Isée sur l'héritage d'Hagnias peut aussi être rangé parmi ceux qui sont consacrés à une question de tutelle plutôt qu'à une question de succession [4].

Nous avons malheureusement à déplorer la perte de nombreux ἐπιτροπικοὶ λόγοι prononcés par les grands orateurs et dont il ne nous est parvenu que des fragments ou dont nous connaissons seulement l'existence par d'autres écrivains : c'est ainsi qu'Antiphon [5], Lysias [6], Isée [7], Hypé-

(1) V. notamment : Lysias, *C. Diogit.*; Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 7. Cf. Schulthess, p. 243 et s.

(2) Ce sont : les trois plaidoyers de Démosthène contre Aphobos (XXVII, XXVIII, et XXIX), les deux plaidoyers de Démosthène contre Onétor (XXX, XXXI), le plaidoyer de Phormion contre Apollodore (XXXV) et celui des fils d'Aristechme contre Nausimaque et Xénopithe (XXXVIII).

(3) Lysias, *C. Diogitonem* (XXXII).

(4) Schulthess, p. 250.

(5) Harpocration mentionne d'Antiphon un ἐπιτροπικὸς κατὰ Καλλιστράτου et un ἐπιτροπικὸς Τιμοκράτει. Cf. Blass, *Att. Bereds.*, I, p. 93 ; Schulthess, p. 247 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 550, note 189.

(6) Lysias a prononcé, dans des questions de tutelle, outre le discours déjà cité (*supra*, note 3) de nombreux plaidoyers qui sont mentionnés par Denys d'Halicarnasse (*de Lys. judic.*, 20, p. 497) et par Clément d'Alexandrie (*Stromat.* II, p. 266, *Sylb.*). Ce sont les plaidoyers : πρὸς τοὺς ἐπιτρόπους τῶν Βοῶνος παίδων, κατὰ Δημοσθένους ἐπιτροπῆς, πρὸς Διογένην περὶ χωρίου, πρὸς Διογένην ὑπὲρ μισθώσεως, πρὸς Θεοπείθη ἐπιτροπῆς ἐπίλογος, πρὸς τοὺς Ἱπποκράτους παῖδας, πρὸς τὴν φάσιν τοῦ ὀρφανικοῦ οἴκου, κατὰ Φιλίππου ἐπιτροπῆς, ὑπὲρ Σατύρου ἐπιτροπῆς πρὸς Χαρίδημον. Cf. Hœlscher, *De Lys. vita et scriptis* ; Blass, *Att. Bereds.*, I, p. 615 et s. ; Schulthess, p. 247 et s. ; Sauppe, *Orat. att.*, II, p. 184 et s. ; Van den Es, p. 149, note 2 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 550, note 190 ; Schæfer, *Demosth. u. sein. Zeit*, III, 2, p. 315.

(7) On cite d'Isée, outre le discours sur la succession de Hagnias : πρὸς Διο-

ride [1]. Dinarque [2] et Aristogiton [3] avaient composé des plaidoyers remarquables dans des questions de tutelle, plaidoyers qui étaient le plus souvent dirigés contre des tuteurs infidèles. On doit regretter également la perte de deux comédies intitulées, l'une ἐπίτροπος écrite par Alexis [4], et l'autre intitulée ἐπιτροπή, écrite par Diphile [5] et dont le sujet, ainsi que l'indique leur nom, était emprunté à notre matière [6].

Il y a, comme nous l'avons dit, dans le droit attique, deux sortes de tutelles, celle qui s'exerce sur les impubères des deux sexes et la tutelle qui s'exerce sur les femmes pubères, à qui nous consacrerons un chapitre distinct. Pour désigner celui qui remplit les fonctions de tuteur dans le premier cas, on se sert plus spécialement du mot ἐπίτροπος, le mot κύριος étant plutôt appliqué au tuteur de la femme [7]. Il n'y a point cependant, dans le droit attique, de terminologie bien arrêtée.

Ainsi d'abord on pourrait croire que le mot ἐπίτροπος a

φάνῳ ἐπιτροπῆς ἀπολογία et πρὸς Ἀγνόθεον ἐπιτροπῆς ἀπολογία. Cf. Schulthess, p. 250 ; Blass, *Att. Bereds.*, II, p. 537 et s.; Van den Es, p. 149 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 550, note 191.

(1) On les nomme : πρὸς Χάρητα ἐπιτροπικός et κατ' Ἀντίου ὀρφανικός. Cf. Van den Es, p. 149 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 551, note 192 ; Blass, III, 2, p. 20 ; Schulthess, p. 253.

(2) Plaidoyer κατὰ Πεδιέως κακώσεως παιδὸς ὀρφανοῦ. Cf. Sauppe, *Orat. att.*, II, p. 324 ; Schulthess, p. 253 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 551. L'ἀπολογία ἐπιτροπῆς pour Satyros contre Charidémos est attribuée par Callimaque à Dinarque et par d'autres à Lysias. Photius (Bibl. Cod. 265, p. 491) attribue à Démosthène οἱ πρὸς τὴν κρίσιν ἔχοντες τὸ ἀσφαλές.

(3) Suidas, v° Ἀριστογείτων attribue à cet orateur un plaidoyer ὀρφανικός vraisemblablement intitulé κατὰ Θρασύλλου ὀρφανικός. Cf. Van den Es, p. 150 ; Sauppe, II, p. 301 ; Blass, III, 2, p. 147 et s. ; Schulthess, p. 253.

(4) Athénée, X, p. 413, E.

(5) Bekker, *Anecd.*, I, p. 96.

(6) Cf. Van den Es, p. 150 ; Schulthess, p. 246 ; Meier, Schœman et Lipsius, p. 551.

(7) Isée, *De Philoct. her.*, § 32. Cf. Van den Es, p. 151 ; Hafter, p. 30, 31 ; Schœmann, sur Isée, p. 182 ; Hermann-Thalheim, p. 9, note 1 ; Caillemer, *Les papyrus grecs du Louvre*, p. 19 et s. ; Schulthess, p. 45.

été appliqué au tuteur des femmes. C'est du moins ce qui paraît résulter d'un passage des *Lois* de Platon [1], où l'auteur, réglant le point de savoir qui aura le droit de donner une fille en mariage, décide que, à défaut de certains parents qu'il indique, τοὺς ἐγγύτατα γένους ἀεὶ κυρίους εἶναι μετὰ τῶν ἐπιτρόπων. On pourrait aussi alléguer dans le même sens un passage d'Isée où il est dit à propos d'une femme nommée Callipe : ὥστ' ἐπιτροπεύεσθαι προσῆκε τὴν Καλλίπην ἔτι, τριακοντοῦτίν γε οὖσαν [2]. Ces textes ne prouvent point cependant, à notre avis, que l'on ait dérogé à la règle que nous avons posée et d'après laquelle le mot kyrios est réservé spécialement au tuteur de la femme pubère. Platon, en effet, n'a employé le mot ἐπίτροπος que pour éviter une répétition (κυρίους εἶναι μετὰ τῶν κυρίων) inélégante et de nature à obscurcir sa pensée. Il ne faut point non plus oublier que dans ce texte il s'agit d'une disposition législative idéale, et que Platon a très bien pu ne pas suivre ici le langage juridique ordinaire. Quant au texte d'Isée, il fait allusion, comme nous le verrons en étudiant la tutelle des femmes, aux deux tutelles par lesquelles celles-ci passent successivement, la première qui est fondée sur leur âge, ἐπιτροπή, et qui dure vraisemblablement jusqu'à la puberté, la seconde qui commence à cette époque et n'a point de fin. Isée, par le mot ἐπιτροπεύεσθαι a dû se référer à la premières de ces tutelles [3].

Lorsqu'il s'agit de la tutelle des impubères, les textes emploient tantôt le mot ἐπίτροπος, tantôt le mot κύριος, mais il ne semble pas que cet emploi soit indifférent. On est d'accord, en effet, pour reconnaître que l'expression ἐπίτροπος est appliquée de préférence au tuteur quand on se réfère aux pouvoirs de celui-ci non seulement sur les biens, mais encore sur la personne de son pupille, et qu'on le qualifie

(1) Platon, *Leges*, VI, 774 e.
(2) Isée, *De Philoct. her.*, § 14.
(3) Hermann, *Jur. dom. et fam. comp.*, p. 10. Cf. Hafter, p. 31, 32.
(4) Cf. Schulthess, p. 47.

plutôt de κύριος quand, la personne du mineur passant à l'arrière-plan, on envisage de préférence les pouvoirs du tuteur sur les biens du mineur, car le mot κύριος, conformément à son étymologie même, désigne celui qui a un pouvoir, un droit de disposition sur quelque chose, c'est-à-dire, dans l'espèce, sur les biens du pupille [1]. Cette terminologie n'est point cependant absolument invariable : l'expression κύριος est quelquefois employée là où l'on s'attendrait à rencontrer l'expression ἐπίτροπος [2] et réciproquement [3]; les deux expressions paraissent même avoir été employées cumulativement comme synonymes [4]. On trouve aussi, pour désigner

(1) Etienne, *Thesaur.*, v° κύριος ; Schneisser, *De re tutelari Atheniensium*, p. 11 ; Van den Es, p. 151 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 558 ; Schulthess, p. 45. V. notamment à l'appui de cette distinction : Démosthène, *C. Aphob.* I, § 55 : καὶ αὐτῆς καὶ τῶν χρημάτων κύριον ποιεῖν. *C. Aphob.* II, § 16 : κύριος τῶν ἐμῶν. *C. Nausim. et Xenop.*, § 6 : τετελευτηκότων... τῶν ἐπιτρόπων, οἱ μετὰ τὸν ἐκείνου θάνατον τῶν ἡμετέρων ἐγένοντο κύριοι. *Pro Phorm.*, § 22 : καὶ οὐ τῶν ὄντων κύριος ἦν, ἐπίτροπος καταλελειμμένος. Isée, *De Cleon. her.*, § 10 : τὸν ἔχθιστον τῶν οἰκείων ἐπίτροπον καὶ κύριον τῶν αὐτοῦ καταλιπεῖν. Cf. sur le sens de ce dernier texte : Schœmann, sur Isée, p. 182 ; Schulthess, p. 45.

(2) Cf. Démosthène, *Pro Phorm.*, § 22 où se trouve l'expression ἐπίτροπος, bien qu'il s'agisse de la gestion des biens, d'une banque et d'une fabrique de boucliers. Dans le plaidoyer attribué Démosthène contre Macartatos, § 15, il est dit : ὁ παῖς οὑτοσί... ἔλαχε πρὸς τὸν ἄρχοντα κύριον ἐπιγραψάμενος τὸν ἀδελφὸν τὸν ἑαυτοῦ. Suivant Schulthess (p. 46) un examen attentif de ce texte montre qu'il n'existe ici aucun rapport de tutelle ; le mot κύριος n'a pas été mis pour ἐπίτροπος. L'enfant en question, dit-il, ayant été adopté dans la maison d'Eubulide, n'avait pas besoin de tuteur, et son frère, qui a présenté la requête comme son κύριος n'était ainsi en réalité que son mandataire *ad litem*. On peut penser néanmoins qu'il y avait lieu, dans l'espèce, à une véritable tutelle malgré l'adoption, car il s'agit d'une adoption posthume, et le jeune Eubulide étant mineur ne pouvait agir en justice que par l'intermédiaire d'un tuteur qui est ici, par exception, désigné par le mot κύριος.

(3) Cf. Lysias, *C. Diogit.*, § 18 : ἀναμιμνησκόμενοι δὲ τοῦ ἀποθανόντος, ὡς ἀνάξιον τῆς οὐσίας τὸν ἐπίτροπον κατέλιπεν, où il y a lieu vraisemblablement de réunir les mots τῆς οὐσίας τὸν ἐπίτροπον. V. aussi Lysias, fr. 122 (éd. Didot, p. 275) : ἐγὼ γὰρ καταλειφθεὶς ἐπίτροπος τῶν Ἱπποκράτους χρημάτων καὶ διαχειρίσας... τὰ χρήματα ὧν ἐπίτροπος κατελείφθην. Cf. Schulthess, p. 47.

(4) Isée, *De Dicæog. her.*, § 10 : καὶ γὰρ τούτων τε ἅμα καὶ ἐπίτροπος καὶ κύριος καὶ ἀντίδικος ἦν. On peut toutefois dire qu'ici le mot ἐπίτροπος se réfère

le tuteur, la réunion des deux mots ἐπίτροπος καὶ κηδεμών [1].

Le mot ἐπίτροπος dérive lui-même du verbe ἐπιτρέπειν, qui signifie, dans son sens propre, *committere aliquid alterius curæ vel arbitrio* [2], d'où les expressions qui se rencontrent très fréquemment dans le droit attique : ἐπιτρέπειν δίαιταν, ἐπιτρέπειν διαιτητῇ, δικαστηρίῳ. En conséquence, celui qui, avant de mourir, confie à quelqu'un le soin d'élever ses enfants est dit les lui ἐπιτρέπειν. De même, au témoignage d'Harpocration [3], Lysias, dans son plaidoyer sur les enfants de Boonos, « ἐπέτρεψεν » εἶπεν « ἀνδράσιν » ἀντὶ τοῦ ἐπιτρόπους κατέστησεν [4]. Aussi le mot ἐπιτροπή, qui dérive directement du verbe ἐπιτρέπειν, signifie-t-il à proprement parler l'action *committendæ rei alicujus curæ vel arbitrio alterius* et c'est par extension qu'il a été appliqué à la tutelle [5]. La fonction du tuteur est désignée par le mot ἐπιτροπεία [6]. Quant au fait d'exercer la tutelle, il est indiqué par le verbe ἐπιτροπεύειν, qui, d'ailleurs, est pris ordinairement dans le sens actif [7].

aux enfants et le mot κύριος à la femme. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 297 ; Schulthess, p. 46.

(1) Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, § 12. Le mot κηδεμών fait allusion aux soins (κῆδος) du tuteur à l'égard de la personne du pupille.

(2) Van den Es, p. 150.

(3) V° ἐπιτρέπειν.

(4) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 549, note 188. Peut-être cependant, comme l'observe Van den Es (p. 150-151), les paroles de Lysias ont-elles le même sens que celles de Démosthène citées par Harpocration au même mot ἐπιτρέπειν et signifient-elles remettre le différend à un arbitrage.

(5) Démosthène, *Adv. Apat.*, § 14.

(6) Démosthène, *Adv. Onet.*, I, § 8 ; *Pro Phorm.*, § 30 ; *Adv. Nausim.*, § 17 ; Platon, *Leges*, XI, 924 b, 928 c. Cf. Van den Es, p. 151.

(7) Platon, *Phædr.*, p. 239 e ; Aristote, *Polit.*, II, 7, 3, p. 1271 b, 25 ; Denys d'Halicarnasse, *Arch.*, XI, 36 ; Lysias, *fr. or. adv. Hippocr. filios*, 599, 16. On trouve aussi, dans certains traités, la forme ἐπιτροπία : Platon, *Leges*, XI, 8, p. 928 e ; Polybe, XV, 31, 4 ; Denys d'Halicarnasse, *Arch.*, IV, 33. Mais il y a là probablement une faute des copistes. Cf. Van den Es, p. 151 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 549, note 188.

(8) Bekker, *Anecd.*, I, p. 145, 28 : ἐπιτροπεύω· αἰτιατικῇ παρὰ Ἀττικοῖς. Δημοσθένης κατὰ Ἀφόβου « οὐκ ἂν χεῖρον με ἐπιτροπευθῆναι » καὶ μετ' ὀλίγον·

En raison de son étymologie [1], le mot ἐπίτροπος n'est point seulement employé dans les textes pour désigner le tuteur. Quelquefois il s'applique à un simple surveillant, à un fondé de pouvoirs [2]. De même le mot κύριος est usité, dans un sens large, pour indiquer non point seulement ceux qui exercent une puissance légale, comme le tuteur d'un impubère ou d'une femme, mais encore pour désigner toute personne exerçant sur une autre une autorité quelconque, comme, par exemple, les maîtres sur leurs élèves [3]. La langue juridique athénienne en cette matière, comme en d'autres, n'a donc rien de précis et il faut se garder d'attacher une trop grande importance aux termes que l'on rencontre.

§ 2. — *Délation de la tutelle.*

(a). *Cas dans lesquels il y a lieu à délation de la tutelle.*

Le père de famille, tant qu'il vit, est le tuteur naturel de ses enfants jusqu'à leur majorité : mais l'autorité qu'il exerce alors sur eux dérive de la puissance paternelle et non de la tutelle proprement dite. Celle-ci s'ouvre normalement à la

« καὶ δέκα ἔτη ἡμᾶς ἐπιτροπεύσαντες. » τέτριπται δὲ καὶ μετὰ γενικῆς, ὡς παρὰ Λυκούργῳ ἐν τῷ περὶ διοικήσεως· « ἐκ τῶν ἱερῶν, ὧν ἡμεῖς ἐπιτροπεύσαμεν. » Mœris, p. 110 : ἐπιτροπεῦσαι τὸν παῖδα, Ἀττικῶς· ἐπιτροπεῦσαι τοῦ παιδός, Ἑλληνικῶς. Thomas Magister, p. 149, 15 : ἐπιτροπεύω τὸν παῖδα κάλλιον ἢ ἐπιτροπεύω τοῦ παιδός. Cf. Van den Es, p. 151, note 6 ; Schulthess, p. 48 ; Ciccotti, p. 104.

(1) En raison de l'étymologie de ce mot, ἐπιστάτης peut être pris pour synonyme de ἐπίτροπος. Cf. Hesychius, v° ἐπίτροπος : ὁ προστάτων γνωστῶν [illegible] τῆς οὐσίας καὶ ὀρφανῶν.

(2) Demosthène, *C. Aphob.*, I, § 19. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 24, note 16 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 549, note 188.

(3) Eschine, *C. Timarch.*, § 18 : τοῖς περὶ τὸν παῖδα, πατρί, ἀδελφῷ, [illegible] διδασκάλοις καὶ ὅλως τοῖς κυρίοις. Cf. § 13. Schultess (p. 48) estime toutefois, en se fondant sur le § 13, qu'il y a lieu d'effacer, au § 18, le mot διδασκάλοις.

mort du père de famille qui a pour effet de rendre l'impubère *sui juris.*

La tutelle ne peut-elle point exceptionnellement s'ouvrir du vivant du père de famille ? L'affirmative est certaine dans le cas où celui-ci encourt la servitude *jure civili*, servitude qui, comme nous l'avons vu, entraîne la dissolution du mariage et l'extinction de la puissance paternelle [1]. On cite aussi généralement, comme donnant ouverture à la tutelle, le cas où le père de famille est frappé d'atimie [2]. Mais cela est fort douteux, car nous avons précédemment établi que l'atimie n'entraîne ni la dissolution du mariage, ni l'extinction de la puissance paternelle. Elle ne doit donc pas non plus donner ouverture à la tutelle, et il n'y a, en effet, aucun texte d'où l'on puisse tirer un argument en ce sens. De plus, comme l'atimie majeure entraîne la confiscation des biens, il semble inutile d'organiser alors une tutelle dont l'objet principal est l'administration du patrimoine de la famille, patrimoine qui n'existe plus [3].

La tutelle peut s'ouvrir du vivant du père lorsque celui-ci a eu recours à l'ἀποκήρυξις et a abdiqué sa puissance sur l'enfant [4]. Mais, à la différence de ce qui a lieu en droit romain, il n'y a pas lieu à délation de la tutelle en cas d'émancipation de l'enfant encore impubère, car nous vu que la théorie de l'émancipation a dû rester étrangère au droit attique [5], à moins qu'on ne considère l'apokéryxis comme une sorte d'émancipation prononcée à titre de peine.

Une autre cause d'ouverture de la tutelle *vivente patre* peut être l'interdiction prononcée contre celui-ci pour cause

(1) V. *supra*, t. I, p. 374 et t. II p. 102.

(2) Van den Es, p. 154 ; Schultess, p. 44 ; Ciccotti, p. 104 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 929.

(3) Cf. Ciccotti, p. 105.

(4) V. *supra*, t. II, p. 128.

(5) V. *supra*, ibid.

de démence ou de faiblesse d'esprit, conformément aux règles que nous exposerons ultérieurement à propos de la δίκη παρανοίας.

Peut-il y avoir lieu d'organiser une tutelle en cas de simple absence du père de famille, même pour un temps assez long? On pourrait le croire d'après une inscription de Mylasa [1], où l'on voit qu'un père parti en voyage est remplacé, dans ses fonctions de κύριος de sa fille, par des ἐπίτροποι, lesquels sont le frère et deux oncles paternels. Mais on ne peut tirer aucune conclusion certaine de cette inscription. Outre, en effet, qu'elle se réfère à une ville carienne et non à Athènes, il est possible que le mot ἐπίτροποι y soit employé dans un sens large de mandataire ou fondé de pouvoirs [2].

Nous observerons enfin qu'à Athènes, ainsi que dans toutes les sociétés où la femme n'exerce aucune influence sérieuse, le décès de la mère ne produit aucun effet sur la puissance paternelle et ne la convertit point en puissance tutélaire; la mort du père seule peut faire naître la tutelle. Chez nous, au contraire, le législateur, voyant dans la perte de la mère une diminution des garanties qui entouraient l'enfant, ne conserve au père ses pouvoirs qu'à la condition qu'il les exercera désormais en se conformant aux prescriptions imposées au tuteur [3].

(b). *Des différents modes de délation de la tutelle.*

On peut, en se référant au mode de désignation du tuteur, distinguer trois sortes de tutelles : 1° la tutelle déférée directement par la loi ou tutelle légitime ; 2° la tutelle déférée par le père dans son testament ou tutelle testamentaire, et

(1) Lebas-Waddington, III, 1, n° 415.
(2) Cf. Hermann-Thalheim, p. 14, note 4, *in fine*.
(3) Cf. Cauvet, p. 436.

3° la tutelle déférée par le magistrat ou tutelle dative [1]. Ces trois formes de la tutelle n'ont point dû faire leur apparition simultanément, mais successivement et dans l'ordre que nous avons indiqué. Dans le principe, tant que la constitution traditionnelle de la famille patriarcale ne s'altéra point, la tutelle, ainsi que nous l'avons précédemment observé, dut être déférée exclusivement aux plus proches parents, à ceux que la coutume appelait à la succession *ab intestat* de l'impubère. C'est seulement à une époque bien postérieure que, selon nous, la tutelle testamentaire fit son apparition dans le droit attique. Déjà, à Rome, c'est de la règle de la loi des XII Tables qui accordait au père de famille le droit de disposer librement de son patrimoine, que les jurisconsultes déduisirent la légalité de la tutelle testamentaire, et quand cette tutelle fut une fois admise, on lui donna la préférence sur la tutelle légitime. La même évolution a dû se produire à Athènes et la tutelle testamentaire n'a dû y être reçue que comme un corollaire de la liberté de tester. Ce ne fut dès lors que dans le cas où le père n'usait point de son droit que la loi, revenant à l'ancien usage, appelait à la tutelle les plus proches parents du pupille. Cette législation put paraître suffisante pendant un certain temps. Mais il se présenta des cas où le pupille n'avait ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime, et l'on dut recourir au magistrat pour lui demander de nommer un tuteur. La tutelle déférée par le magistrat fit ainsi vraisemblablement son apparition la dernière [2].

(1) Telle est également la classification admise en droit romain. Cf. Accarias, I, n° 125.

(2) De même, à Rome, la tutelle déférée par le magistrat ne fut établie qu'après les deux autres par une loi Atilia. Cf. Accarias, I, n° 135.

1. *Tutelle testamentaire.*

Le fondement de cette tutelle, c'est, avons-nous dit, le droit du père de famille, de disposer librement de son patrimoine. Il faut cependant se garder de considérer exclusivement la tutelle testamentaire comme dérivant du droit du testateur sur ses propres biens, de sorte qu'elle n'en serait que l'exercice prolongé et laissé à un tiers. Si cette idée est vraie dans les rapports du père avec sa famille, elle ne l'est plus dans les rapports du père avec son enfant mineur, et à ce dernier point de vue il faut voir dans la faculté de donner un tuteur testamentaire un attribut et une manifestation de la puissance paternelle, se survivant en quelque sorte à elle-même jusqu'à la majorité de l'enfant [1], attribut de même nature que le droit du père de faire une substitution pupillaire [2].

Si la tutelle testamentaire est ainsi une émanation de la puissance paternelle, le droit de nommer un tuteur par testament ne peut appartenir qu'à celui qui possède cette puissance et relativement à des enfants qui y sont soumis. Nous en conclurons d'abord que ce droit ne peut appartenir à la mère, qui n'est jamais investie de la puissance paternelle, pas plus à Athènes qu'à Rome. Ce droit ne peut non plus être exercé par le père qui a abdiqué la puissance paternelle au moyen de l'apokéryxis [3], ni par le père dont l'enfant n'est pas né *ex justis nuptiis*. Le testament d'Aristote pourrait, il est vrai, laisser croire qu'un père peut donner un tuteur testamentaire à son enfant naturel: mais

(1) Cf. B. W. Leist, p. [illegible]; Schulthess, p. [illegible].

(2) V. *supra*, p. 30. Platon, dans son *Traité des Lois*, reconnaît également au père de famille le droit de nommer un tuteur testamentaire: XI, [illegible], p. [illegible]. Le testateur peut nommer par son testament pour tuteurs à ses enfants ceux qu'il voudra, en tel nombre qu'il voudra, pourvu qu'ils y consentent. V. [illegible] p. [illegible], note 1.

(3) V. *supra*, t. II, p. [illegible].

nous avons vu, en étudiant spécialement ce testament, qu'il n'en est rien et que Nicanor, désigné par Aristote, n'a point en réalité la qualité de tuteur de Nicomaque, fils naturel du philosophe. On peut toutefois supposer que l'archonte, à qui est confié le soin de donner un tuteur à l'enfant naturel, tient compte, dans une certaine mesure, de la désignation faite par le père. A plus forte raison, un étranger ne peut-il désigner un tuteur à l'impubère par testament, même en lui laissant une partie de ses biens. On ne peut pas dire non plus que si cet étranger institue l'enfant son héritier universel, c'est-à-dire, s'il l'adopte par testament, cette adoption fasse passer l'enfant rétroactivement sous la puissance de l'adoptant et que dès lors, celui-ci puisse, aussi bien que s'il était le père naturel de l'enfant, lui nommer un tuteur par le même acte qui réalise l'adoption. Nous avons vu, en effet, que l'adoption testamentaire n'est pas permise à un étranger non naturalisé.

Le choix du père de famille est absolument libre, et il n'y a, en effet, aucune raison pour le restreindre. Si toutefois, en droit, le testateur n'est lié par aucune règle dans la désignation du tuteur, en fait, son choix se porte de préférence sur les plus proches parents, et cela est assez naturel, car il peut supposer que ces parents seront les plus intéressés à bien administrer le patrimoine de l'enfant. Mais le père de famille peut aussi adjoindre des étrangers aux parents qu'il désigne comme tuteurs, ou même ne nommer que des étrangers [1]. Si, par exemple, nous nous référons au testament du père de Démosthène, nous y voyons que le testateur confie la tutelle de son fils et de sa fille à trois tuteurs : 1° à Aphobos, fils de son frère, celui-ci étant selon toute probabilité déjà mort à cette époque ; 2° à Démophon fils de sa sœur ; 3° à Thérippide de Pæania qui ne lui tenait par aucun lien de famille mais qui était son ami

(1) V. *supra*, t. II, p. 62, note 1.

(1) Schulthess, p. 53 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729.

d'enfance, γένει μὲν οὐδὲν προσήκοντι, φίλῳ δ' ἐκ παιδὸς ὑπάρχοντι [1]. La nomination de ce dernier prouve incontestablement que la présence de très proches parents n'exclut pas la désignation d'un étranger. Dans le plaidoyer de Lysias contre Diogiton, on voit celui-ci désigné comme tuteur testamentaire de ses neveux, dont il était en même temps l'aïeul maternel. Mais l'orateur nous dit, regardant par conséquent la chose comme très possible, que si ces enfants avaient eu comme tuteurs des étrangers, ils n'auraient certainement pas pu être plus maltraités que par leur aïeul. Le plaidoyer de Démosthène pour Phormion montre également que même la présence d'un fils majeur n'empêche point le testateur de donner un étranger comme tuteur à son autre fils impubère. On y voit, en effet, que le banquier Pasion, en donnant par testament sa femme Archippé à son affranchi Phormion, devenu son associé, lui confie en même temps la tutelle d'un de ses fils, Pasiclès, âgé de dix ans, bien qu'il eût un autre fils, Apollodore, âgé alors de vingt-quatre ans, mais en qui il n'avait probablement pas grande confiance pour la gestion de la banque et de la fabrique qui constituaient la principale fortune du testateur. Le beau-père est donc ici institué tuteur de son beau-fils [2]. Il est probable, du reste, étant donnée l'importance du patrimoine de Pasion, que Phormion n'était point seul tuteur de Pasiclès [3]. Nous citerons un dernier exemple assez célèbre de tutelle testamentaire [4], celle

(1) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 4.

(2) Lysias, *C. Diogit.*, § 3 : ἀποδείξω οὕτως αἰσχρῶς αὐτοὺς ἐπιτετροπευμένους ὑπὸ τοῦ πάππου ὡς οὐδεὶς πώποτε ὑπὸ τῶν οὐδὲν προσηκόντων ἐν τῇ πόλει.

(3) Démosthène, *Pro Phorm.*, §§ 28 et s.

(4) C'est ce que l'on peut induire du premier plaidoyer de Démosthène contre Stéphanos, où il est dit, au § 37 : εἶτα λέγει περιιὼν ὡς ἐμαρτύρησε μὲν Νικοκλῆς ἐπιτροπεῦσαι κατὰ τὴν διαθήκην (de Pasion), ἐμαρτύρησε δὲ Πασικλῆς ἐπιτροπευθῆναι κατὰ τὴν διαθήκην. Dans le plaidoyer pour Phormion, Démosthène parle d'ailleurs des ἐπίτροποι. Cf. Lortzing, *De oration. quae Demosth. pro Apollod. scripsisse fertur*, p. 35 ; Schulthess, p. 55.

(5) Il s'agit ici certainement d'une tutelle testamentaire, ainsi que cela

d'Alcibiade et de Clinias qui fut confiée à Périclès et à son frère Ariphron [1]. Il paraît bien établi que Périclès et Ariphron étaient parents d'Alcibiade [2], mais il y a tout lieu de croire que cette parenté était assez éloignée et n'existait que par les femmes [3] [4].

L'expression consacrée pour désigner la délation de la tutelle testamentaire est celle que nous indique le passage précité de Platon [5], ὃν ὁ πατὴρ ἐπίτροπον κατέλιπε et le tuteur testamentaire est nommé, en conséquence, ἐπίτροπος ὑπὸ τοῦ πατρὸς καταλελειμμένος [6]. Nous ne croyons point cependant

résulte du passage suivant de Platon, *Alcib.*, I, p. 104, b : ξυμπάντων δὲ ὧν εἶπον μείζω οἴει σοι δύναμιν ὑπάρχειν Περικλέα τὸν Ξανθίππου, ὃν ὁ πατὴρ ἐπίτροπον κατέλιπε σοι καὶ τῷ ἀδελφῷ. Cf. Schulthess, p. 56.

(1) Platon (*loc. cit.*) ainsi qu'Isocrate (*De bigis*, § 28) et Xénophon (*Memor.* I, 2, 40) nomment Périclès seulement comme tuteur et non son frère Ariphron. Mais la raison en est probablement qu'Ariphron était moins connu que Périclès. Plutarque, dans sa vie d'Alcibiade, c. 1, dit formellement : τοῦ δὲ Ἀλκιβίαδου Περικλῆ καὶ Ἀρίφρων οἱ Ξανθίππου, προσήκοντες κατα γένος, ἐπετρόπευον. Lysias, *De Aristoph. bon.*, § 52, fait également allusion à la pluralité des tuteurs d'Alcibiade, παρὰ τῶν ἐπιτροπευσάντων. Cf. Schulthess, p. 56.

(2) Plutarque, *Alcib.*, c. 1, *supra*, p. 161, note 5.

(3) Il serait trop long d'entrer dans tous les détails que donnent les commentateurs au sujet des relations de parenté ou d'alliance qui pouvaient exister entre Périclès et Alcibiade. Suivant Diodore de Sicile (XII, 38), Alcibiade était fils de la sœur de Périclès ; Valère-Maxime (III, 1, *ext.* I) et Aulu-Gelle (XV, 17) appellent Périclès son oncle. Cornélius Népos (*Alcibiad.*, c. 2) dit enfin que Périclès était son *privignus*. La solution la plus plausible est que Périclès fut, sinon le beau-père d'Alcibiade, du moins le beau-père de sa femme. Cf. Hertzberg, *Alkibiades*, p. 53 et s. ; Wiggers, *De Cornelii Nepotis Alcibiade quæstiones*, c. 3 ; Schulthess, p. 56.

(4) Il faut voir également des cas de tutelle testamentaire plutôt que de tutelle légitime dans les plaidoyers d'Isée sur la succession de Philoctémon, § 36, et sur la succession de Nicostrate, § 8. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 340 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 552, note 198 et p. 591, note 287 ; Hermann-Thalheim, 3e éd. p. 12, note 6 et 4e éd. p. 14, note 5 ; Schulthess, p. 55, 56.

(5) *Alcib.*, I, p. 104 b. *Supra*, p. 161, note 5.

(6) Lysias, fr. 232, 1 (Sauppe, 45). Cf. Lysias, fr. 124 (Sauppe, 26) : ἐγὼ γάρ, ὦ ἄνδρες δικασταί, καταλειφθεὶς ἐπίτροπος τῶν Ἱπποκράτους χρημάτων... τὰ χρήματα ὧν ἐπίτροπος κατελείφθην. Lysias, *C. Diogit.*, § 18 : ἀνάξιον τῆς οὐσίας ἐπίτροπον κατέλιπεν ; § 22 : ὥσπερ διὰ τοῦτο ἐπίτροπος τῶν παιδίων καταλειφθείς. Démosthène, *Pro Phorm.*, § 22 : οὐτῶν ὄντων κύριος ἦν, ἐπίτροπος καταλελειμ-

que la disposition du testament portant nomination du tuteur ait été, comme à Rome, soumise par la loi attique à certaines formes spéciales et qu'il y ait eu notamment des expressions consacrées pour cette nomination. Ici, comme dans beaucoup d'autres parties du droit, le formalisme romain est entièrement étranger au droit athénien et, à notre avis, la nomination du tuteur est valable du moment qu'il ne peut y avoir aucun doute, ni sur la volonté du testateur, ni sur l'individualité de la personne appelée à exercer la tutelle [1]. Peu importe également la place où se trouve écrite, dans le testament, la nomination du tuteur.

On peut toutefois supposer que l'institution du tuteur par le père de famille était entourée de certaines cérémonies symboliques, étrangères sans doute à la loi, mais prescrites par les mœurs et inspirées par les idées religieuses [2]. C'est ainsi que le père de Démosthène confie, avant de mourir, ses deux enfants aux tuteurs qu'il désigne ; il recommande à ces derniers de veiller à la conservation de sa fortune et termine en mettant les enfants sur les genoux de l'un des tuteurs, Aphobos [3].

μένης. Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, § 10 : Δημάρετον τὸν καταλειφθέντα ἡμῶν ἐπίτροπον. — Sophocle emploie l'expression simple λείπω. *Ajax*, v. 562 : τοῖον πυλωρὸν φύλακα Τεῦκρον ἀμφὶ σοὶ λείψω, τροφῆς ἄοκνον ἔμπα. Cf. Hermann-Thalheim, p. 14, note 3; Schulthess, p. 58. La même expression se retrouve dans une inscription d'Éphèse du Ier siècle avant J.-C. : ἢ ἐπίτροποι ὑπὸ τοῦ πατρὸς καταλελειμμένοι ἢ ὑπὸ τοῦ δήμου ᾑρημένοι. Dittenberger, *Sylloge*, n° 344, l. 56. Cf. Hermann-Thalheim, p. 163, note.

(1) Il peut être quelquefois assez difficile de distinguer les tuteurs proprement dits des simples exécuteurs testamentaires. V. *infra*, p. 164 et s. ce que nous disons des testaments de Platon et d'Aristote.

(2) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 42, note 9.

(3) Démosthène, *In Aphob.*, II, § 16. Au § 15, Démosthène dit également : τὰ δὲ σώματα ἡμῶν εἰς τὰς χεῖρας ἐνέθηκε, παρακαταθήκην ἐπονομάζων. C'est probablement ce plaidoyer que Platon avait en vue, lorsque, recommandant aux tuteurs de traiter le mieux possible leurs pupilles, il dit (XI, p. 927 c) : παρακαταθήκην εἶναι μεγίστην ἡγούμενοι καὶ ἱερωτάτην. Cf. Schulthess, p. 86.

On a prétendu, en se fondant sur un passage de Lysias [1], que lorsqu'un des pupilles devient majeur, les tuteurs testamentaires lui cèdent la tutelle des autres enfants mineurs [2]. C'est là, à notre avis, une interprétation inexacte. On voit bien, sans doute, dans le plaidoyer de Lysias, que Diogiton, quand un de ses pupilles est devenu majeur, a voulu se débarrasser sur celui-ci du fardeau de la tutelle et essayer de se soustraire à la responsabilité dont il était tenu en raison de sa mauvaise gestion. Mais la conduite de Diogiton est vivement critiquée par l'orateur, et on ne peut nullement en conclure que la majorité d'un des pupilles mette fin aux pouvoirs du tuteur testamentaire à l'égard des autres en transférant ces pouvoirs à celui qui est devenu majeur.

Les testaments de Platon et d'Aristote, rapportés par Diogène Laërce dans ses *Vies des philosophes* [3], renferment des applications du droit que possède le père de famille de nommer un tuteur à ses enfants par acte de dernière volonté. Ainsi d'abord le testament de Platon, qui n'est guère d'ailleurs qu'un inventaire, contient à la fin nomination de sept tuteurs, ἐπίτροποι. Comme Platon laisse tous ses biens à son fils mineur, Adimante, τὸ παιδίον, on doit évidemment considérer les personnes ainsi désignées comme appelées à exercer la tutelle d'Adimante [4]. Toutefois le grand nombre de ces personnes fait supposer qu'elles

(1) *C. Diogit.*, § 9.

(2) Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729 ; Schulthess, p. 57.

(3) L'authenticité de ces documents est incontestable, ainsi qu'on l'admet généralement. Cf. Zeller, *Philos. d. Griech.*, II, 1, 2°, p. 312, note 4 ; II, 2°, 2, p. 35, note 2, et II, 2°, 2, p. 642, note 5 ; Hermann, *Gesch. und System d. Plat.*, I, p. 78 ; Dareste, *in Annuaire*, *Les testaments des philosophes grecs*, p. 1 ; Bruns *Die Testamenten der griechischen Philosophen*, *in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, t. I, *Romanistische Abtheilung*, I, p. 1-53 ; Schulin, p. 26 et s. ; Schulthess, p. 58.

(4) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 552 ;. Dareste, *loc. cit.*, p. 4 ; Bruns, p. 11.

sont également appelées à jouer le rôle d'exécuteurs testamentaires et qu'elles n'exercent pas toutes la tutelle [1].

Aristote [2], qui laisse un fils et une fille mineure, commence, dans son testament, par instituer Antipater, le lieutenant d'Alexandre le Grand, comme tuteur de tous ses biens et pour toujours, ἐπίτροπον μὲν εἶναι πάντων καὶ διὰ παντὸς. Puis vient la désignation de cinq ἐπιμεληταί, chargés, jusqu'au moment où les biens du défunt seront recueillis par Nicanor [3], de veiller sur les enfants, sur Herpyllis (femme ou plutôt concubine d'Aristote [4]) et sur tout ce que le testateur laisse. Le testateur ajoute : « Quand ma fille (Pythias), sera en âge, elle sera donnée en mariage à Nicanor. S'il arrive malheur à cet enfant (puisse cela ne pas être et cela ne sera pas) avant d'être mariée ou après le mariage, mais avant qu'il y ait des enfants, Νικάνωρ κύριος ἔστω καὶ περὶ τοῦ παιδίου καὶ περὶ τῶν ἄλλων διοικεῖν ἀξίως καὶ αὑτοῦ καὶ ἡμῶν. ἐπιμελείσθω δὲ Νικάνωρ καὶ τῆς παιδὸς καὶ τοῦ παιδὸς Νικομάχου ὅπως ἂν ἀξιοῖ τὰ περί αὐτῶν, ὡς καὶ πατὴρ ὢν καὶ ἀδελφός ». Aristote dispose aussi, un peu plus loin, que « les tuteurs et Nicanor prendront soin également d'Herpyllis, ἐπιμελεῖσθαι δέ τοὺς ἐπιτρόπους καὶ Νικάνορα. » Pour le cas où, à défaut de Nicanor, Théophraste n'épouserait pas non plus la fille d'Aristote, celui-ci décide que les tuteurs délibèreront avec Antipater (τοὺς ἐπιτρόπους βουλευομένους μετὰ Ἀντιπάτρου) et prendront les mesures qui leur paraîtront le plus convenables tant à l'égard de la fille qu'à l'égard du garçon. Aristote charge enfin Nicanor de prendre soin du jeune garçon Myrmex (ἐπιμελεῖσθαι Μύρμηκος τοῦ παιδίου) qui se rattache au testateur par un lien que nous ignorons. Il est assez diffi-

(1) Cf. Schulin, p. 59 ; Schulthess, p. 59.

(2) Diogène Laërce, V, 11-16.

(3) Nicanor était, en effet, absent, en voyage, ainsi que l'indique la fin du testament, Νικάνορα σωθέντα. Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 7 ; Schulthess, p. 60.

(4) V. *supra*, p. 62, note 1.

cile de préciser la situation des différentes personnes qu'Aristote désigne tantôt comme ἐπιμεληταί tantôt comme ἐπίτροποι. En ce qui concerne d'abord Antipater, il paraît avoir eu la prééminence sur les autres tuteurs, mais ce n'est point, à notre avis, une raison pour le considérer comme un *tutor honoris causa datus*, tandis que les cinq personnes désignées après lui seraient les *tutores gerentes* [1]. Ces cinq personnes nous paraissent, ainsi qu'Antipater, être à la fois des tuteurs et des exécuteurs testamentaires, tuteurs de la fille d'Aristote et même de son fils Nicomaque, si l'on admet que celui-ci était un enfant légitime du philosophe, mais dans tous les cas, leurs fonctions sont provisoires et ne doivent durer que jusqu'au retour de Nicanor, appelé à recueillir toute la succession.

Quant à la situation de Nicanor vis-à-vis de Pythias et de Nicomaque, elle nous paraît être la suivante. Nicanor, fils adoptif d'Aristote [2], est de plein droit le kyrios de Pythias et celle-ci se trouve sous sa tutelle jusqu'au moment où elle doit l'épouser, tutelle exercée provisoirement, pendant l'absence de Nicanor, par les cinq personnes dont nous avons parlé. En ce qui concerne la situation de Nicanor vis-à-vis de Nicomaque, nous ne pensons point que ce soit celle d'un tuteur. On pourrait, il est vrai, être tenté de croire le contraire en se référant à cette phrase du testament où Aristote dit : Νικάνωρ κύριος ἔστω καὶ περὶ τοῦ παιδίου κτλ. Mais il n'en résulte point, à notre avis, que Nicanor soit ainsi constitué tuteur, κύριος, de l'enfant. Il faut lire, en effet : Νικάνωρ κύριος ἔστω διοικεῖν καὶ περὶ τοῦ παιδίου καὶ περὶ τῶν ἄλλων, c'est-à-dire que le testateur laisse Nicanor maître de disposer comme il l'entendra relativement à l'enfant et aux autres choses dont il le charge, mais il ne lui confère point pour cela la tutelle de Nicomaque ; il lui recommande seule-

(1) *Contra* : Bruns, p. 22.
(2) V. *supra*, p. 62, note 1.

ment d'avoir soin de lui, ἐπιμελείσθω Νικάνωρ τοῦ παιδὸς Νικομάχου. Il faut observer qu'Aristote confie Nicomaque à Nicanor dans les mêmes termes qu'il emploie pour lui confier également le jeune Myrmex, à l'égard de qui évidemment il ne saurait être question de tutelle testamentaire, puisque Myrmex ne se trouve point sous la puissance d'Aristote. On conçoit d'ailleurs parfaitement que Nicanor ne soit point le tuteur testamentaire de Nicomaque, si l'on admet, comme nous l'avons fait, que ce dernier est un fils naturel d'Aristote. Celui-ci, n'étant point investi de la puissance paternelle sur Nicomaque, ne pouvait par son testament, déférer à Nicanor une tutelle qui n'est qu'un corollaire de cette puissance [1].

2° *Tutelle légitime*

A défaut de tuteurs testamentaires, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas de testament ou que le testament ne contient aucune nomination de tuteur, ou encore lorsque les tuteurs désignés sont morts ou devenus incapables du vivant du testateur ou après son décès [2], il y a lieu à la tutelle légitime des plus proches parents. Cette tutelle est fondée sur la vocation du tuteur à la succession légitime du pupille,

(1) Platon, lorsqu'il pose, dans son *Traité des Lois*, les règles relatives à la tutelle testamentaire, ne fait guère que reproduire les dispositions du droit attique, XI, p. 924 *a* : ᾧ δ' ἂν ἐπιτρόπων οἱ παῖδες δέωνται, ἐὰν μὲν διαθέμενος τελευτᾷ καὶ γράψας ἐπιτρόπους τοῖς παισὶν ἑκόντας τε καὶ ὁμολογοῦντας ἐπιτροπεύσειν, οὕστινας οὖν καὶ ὁπόσους ἂν ἐθέλῃ, κατὰ ταῦτα τὰ γραφέντα ἡ τῶν ἐπιτρόπων αἵρεσις γενέσθω κυρία.

(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 55[illegible]. — A Rome, le Sénat, cédant à un mouvement général de réaction contre la tutelle légitime des agnats, avait décidé qu'il n'y aurait pas lieu à la tutelle légitime, mais à la tutelle déférée par le magistrat dans le cas où tous les tuteurs testamentaires auraient été destitués ou auraient fait admettre une excuse (Ulpien, *Reg.*, XI, § 23). Il ne semble pas qu'on puisse admettre une solution analogue dans le droit attique, et il faut dire qu'il y a lieu, en pareil cas, à la tutelle légitime.

conformément au principe formulé à Rome en ces termes : *ubi est emolumentum successionis, ibi et onus tutelæ esse debet* [1]. Ce principe se justifie, du reste, par cette considération que les personnes appelées à recueillir un jour ou l'autre l'héritage du pupille sont les plus particulièrement intéressées à la bonne gestion de son patrimoine Néanmoins, comme la tutelle légitime est déférée sans aucun examen de l'aptitude individuelle du tuteur, et sur le seul fondement de son degré de parenté, elle cède le pas à la tutelle testamentaire, toujours déférée en parfaite connaissance de cause.

L'existence d'une tutelle légitime dans le droit attique n'est point admise sans contestation. Ainsi d'abord on a prétendu qu'à défaut de tuteur testamentaire pour l'une des causes que nous avons signalées, la nomination du tuteur appartient au magistrat, à l'archonte éponyme. Celui-ci est toutefois obligé de choisir en première ligne les parents appelés par la loi à la tutelle (*tutores legitimi*), et c'est seulement en l'absence de ces personnes qu'il a toute liberté dans son choix. Il est vrai, dit-on, que les textes nous montrent souvent de proches parents, oncles, frères, ou neveux dans l'exercice de la tutelle ; mais c'est parce que celle-ci leur a été préalablement déférée par un testament ou par le magistrat ; ils n'y sont point appelés de plein droit, par la seule autorité de la loi. On a argumenté, à l'appui de cette manière de voir, d'un texte de Pollux [2] sur la portée duquel nous aurons bientôt à nous expliquer. Cet auteur, dit-on, énumère parmi les attributions de l'archonte les ἐπιτρόπων καταστάσεις. Or ces mots ne pouvant point se référer à une action proprement dite, on doit vraisemblablement les reporter deux lignes plus haut et, en les plaçant immédiatement après le mot ἐπιμελητῶν, les faire régir directement par le verbe διατίθησι, ce qui signifie alors que l'archonte règle l'éta-

(1) Inst. p. *De legit. tutela*, I, § 17.
(2) VIII, 29, V. *infra*, p. 180.

blissement des tuteurs, les nomme lui-même. On pourrait ajouter en ce sens qu'une inscription d'Éphèse [1] oppose nettement les tuteurs testamentaires aux tuteurs datifs, sans admettre une catégorie intermédiaire, celle des tuteurs légitimes [2]. On a soutenu, d'autre part, qu'une loi de Solon aurait déclaré incapable d'exercer la tutelle le parent qui était le plus proche héritier des pupilles. Cette loi est rapportée par Diogène Laërce [3] dans les termes suivants : κάλλιστον δὲ κἀκεῖνο· τὸν ἐπίτροπον τῇ τῶν ὀρφανῶν μητρὶ μὴ συνοικεῖν, μηδ' ἐπιτροπεύειν, εἰς ὃν ἡ οὐσία ἔρχεται τῶν ὀρφανῶν τελευτησάντων. Pour rendre plus vraisemblable l'existence dans le droit attique de la prohibition rapportée par Diogène Laërce, on a rapproché de la loi de Solon une autre loi attribuée à Charondas [4] d'après laquelle, si l'administration de la fortune du pupille appartenait aux plus proches parents du côté paternel, c'était, au contraire, aux plus proches parents du côté maternel qu'était confié le soin d'élever le mineur [5].

Nous estimons, au contraire, avec les auteurs les plus récents, qu'il existe, dans le droit attique, une véritable tutelle légitime, distincte de la tutelle dative, et à l'occasion de laquelle l'archonte n'intervient que pour homologuer en quelque sorte la délation de la tutelle ou pour trancher les contestations qui peuvent s'élever dans le cas où plusieurs personnes réclament simultanément la tutelle les unes à l'exclusion des autres. L'existence d'une

(1) Dittenberger, *Sylloge*, 344, l. 57 : ἐπίτροποι ὑπὸ πατρὸς καταλελειμμένοι ἢ ὑπὸ δήμου ᾑρημένοι.

(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 552, 553 ; Wachsmuth, II, p. 164 ; Schulthess, p. 10.

(3) I, 56.

(4) Diodore de Sicile, XII, 15 : τῶν μὲν ὀρφανικῶν χρημάτων ἐπιτροπεύειν ἀγχιστεῖς τοὺς ἀπὸ πατρός, τρέφεσθαι δὲ τοὺς ὀρφανοὺς παρὰ τοῖς συγγενέσι τοῖς ἀπὸ μητρός.

(5) Petit, VI, p. 545, 546 ; Ægidius Menagius, *in* Hubner, *Comment. in Diog.*, vol. I, p. 120 ; Heyne, *Opusc. acad.*, II, p. 117 ; de Pastoret, t. VI, p. 450.

tutelle légitime, déférée aux plus proches parents, est attestée par des textes dont le sens ne nous paraît pas douteux. Ainsi d'abord l'auteur de l'argument du plaidoyer d'Isée sur l'héritage d'Aristarque parle en ces termes de la tutelle d'Aristoménès sur ses neveux : μετὰ τὴν τελευτὴν Ἀριστάρχου ἀδελφὸς ὢν αὐτοῦ καὶ κατὰ νόμον ἐπίτροπος τῶν τοῦ ἀδελφοῦ γινόμενος παίδων [1]. C'est donc de la loi elle-même, νόμος, qu'Aristoménès tient ses fonctions. Dans un autre plaidoyer, sans employer la même expression, κατὰ νόμον, Isée s'exprime en des termes qui laissent manifestement supposer l'existence d'une semblable loi sur la délation de la tutelle aux plus proches agnats. L'orateur, parlant de Dinias, son oncle et tuteur, dit : Δεινίας γὰρ ὁ τοῦ πατρὸς ἀδελφὸς ἐπετρόπευσεν ἡμᾶς, θεῖος ὢν ὀρφανοὺς ὄντας [2]. Bien qu'il ne dise pas que Dinias est son tuteur κατὰ νόμον, il ressort clairement de la tournure même de la phrase que si Dinias exerce la tutelle, c'est parce qu'il est l'oncle des orphelins, de sorte que c'eût été un pléonasme que d'ajouter l'expression κατὰ νόμον. La suite du texte confirme du reste cette interprétation. On y voit, en effet, qu'après la mort de Dinias, Cléonyme, oncle maternel des orphelins, les a recueillis et élevés, comme si la charge de la tutelle lui était dévolue de plein droit en sa qualité de plus proche parent. L'orateur ne qualifie point sans doute Cléonyme d'ἐπίτροπος, mais son discours montre que Cléonyme remplissait toutes les obligations d'un tuteur véritable, veillant en même temps à l'éducation des enfants (ἐπαίδευε) et à la gestion de leur patrimoine (ἐπεμελεῖτό τῶν ἡμετέρων ὥσπερ τῶν αὐτοῦ πραγμάτων) [3]. Dans son plaidoyer sur l'héritage de Dicéogène, Isée em-

(1) Isée, *De Arist. her.*, arg. l. 8. Lipsius lui-même (p. 556, note 205) paraît disposé à reconnaître que ce texte consacre l'existence de la tutelle légitime à Athènes.

(2) Isée, *De Cleon. her.*, § 9.

(3) *Ibid.*, § 12. — Cf. Schulthess, p. 65 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 556, note 205.

ploie une tournure de phrase semblable à celle que nous venons de relever dans son plaidoyer pour l'héritage de Cléonyme. Parlant des rapports de Dicéogène avec ses neveux, il dit : οὕτως αὐτοὺς Δικαιογένης οὑτοσὶ ἐγγύτατος ὢν γένους ἐπετρόπευσεν [1]. Mais nous reconnaissons que l'argument tiré de ce plaidoyer n'a pas la même valeur que les précédents. On ne sait point, en effet, quel était précisément le degré de parenté de Dicéogène avec ses pupilles ; peut-être n'était-il que que l'ἀδελφιδοῦς de leur mère, et encore par voie d'adoption. On peut admettre aussi que c'est seulement pour mieux mettre en lumière le caractère odieux de la conduite de Dicéogène, que l'orateur a fait remarquer sa qualité d'ἐγγύτατος γένους [2]. Ce n'est, au contraire, qu'en admettant l'existence d'une tutelle légitime, envisagée à la fois comme un devoir et comme une charge pour les plus proches parents, que l'on peut s'expliquer le langage tenu par l'orateur dans un des plaidoyers de Lysias. Il dit, en effet, qu'en sa qualité de κηδεστής d'Aristophane défunt, il a été obligé, ainsi que ses frères, d'élever (τρέφειν) les enfants de sa sœur [1], obligation qui est précisément celle du tuteur. Or, l'orateur ne pouvait évidemment se dire παιδάρια τρία ἠναγκασμένος τρέφειν [3] que si la tutelle de ces enfants était pour lui une obligation légale. S'il n'avait été que moralement obligé d'élever ses neveux, il n'aurait pas pu s'exprimer ainsi et il ne se serait certainement pas chargé de leur tutelle [4]. Nous dirons, enfin, dans ce sens, qu'un passage de Démosthène, qui autrement serait assez obscur, s'expli-

(1) Isée, *De Dicæog. her.*, § 10.

(2) Cf. Schœmann, sur Isée, p. 287 et 297 ; Platner, *Process*, II, p. 278 ; Hermann-Thalheim, p. 14, note 4 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 56, note 205 ; Schulthess, p. 66.

(3) Lysias, *De bon. Aristoph.*, § 9. L'orateur revient, au § 33, sur la rigueur de cette obligation.

(4) Schulthess, p. 65.

que parfaitement dans la théorie que nous admettons d'une tutelle légitime dont le fondement serait le principe *ubi emolumentum, ibi onus*. L'orateur dit, en effet, que « si le législateur impose aux plus proches en degré la charge de venir en aide aux membres nécessiteux de la famille et de doter les femmes, c'est avec raison qu'il leur donne en compensation les successions et une sorte de droit dans les biens [1] ». C'est donc la loi elle-même qui impose aux plus proches parents les charges corrélatives aux avantages que leur confère l'anchistie, c'est-à-dire qui leur défère la tutelle [2].

On objecte en vain, pour contester l'existence d'une tutelle légitime dans le droit attique, le passage précité de Pollux, qui semble attribuer à l'archonte le droit d'établir des tuteurs dans tous les cas où le testateur n'a point lui-même organisé de tutelle testamentaire. Ce texte, en effet, à supposer qu'il ait le sens qu'on lui prête dans l'opinion que nous critiquons, a perdu toute autorité depuis la découverte de l'Ἀθηναίων πολιτεία d'Aristote à laquelle a été vraisemblablement empruntée l'énumération de Pollux, et qui, comme nous le verrons ultérieurement, règle d'une façon très claire les attributions de l'archonte en matière de tutelle [3]. L'objection tirée de l'inscription d'Ephèse n'est pas plus décisive, car on peut y répondre que, si la tutelle légitime ne paraît pas avoir été admise dans cette ville, elle a été certainement reconnue dans d'autres cités grec-

(1) Démosthène, *C. Leoch.*, § 66 : δικαίως γὰρ ὁ νομοθέτης, οἶμαι, ὥσπερ καὶ τὰς ἀτυχίας τῶν οἰκείων καὶ τὰς ἐκδόσεις τῶν γυναικῶν τοῖς ἐγγυτάτω γένους προσέταττε ποιεῖσθαι, οὕτω καὶ τὰς κληρονομίας καὶ τὴν τῶν ἀγαθῶν μετουσίαν τοῖς αὐτοῖς ἀποδέδωκεν.

(2) Schulthess, p. 65. Cet auteur (p. 66, n. 1) cite, dans le même sens, une définition de l'*Etymol. magn.*, v° χηρωσταὶ où ceux-ci, comme parents plus éloignés sont opposés aux ἐπίτροποι, οἱ τοῦ χήρου καὶ ἐρήμου συγγενῶν οἴκου κληρονόμοι.

(3) V. *infra*, p. 180.

ques, notamment à Sparte [1], à Syracuse [2] et à Pergame [3].

Quant à la prétendue loi de Solon qui, d'après Diogène Laërce, aurait déclaré incapable d'exercer la tutelle le parent qui était le plus proche héritier des pupilles, nous avons déjà eu l'occasion de nous expliquer sur la valeur de ce document et nous avons établi que l'empêchement au mariage que, d'après le même auteur, elle aurait également édicté entre le tuteur et la mère de ses pupilles, n'a jamais existé que dans l'imagination de Diogène Laërce [4]. Ce qu'il allègue relativement à l'incapacité du plus proche parent d'être tuteur est également démenti par les faits. Ou-

(1) Cf. O. Muller, *Die Dorier*, II, p. 97 ; Jannet, *Les institut. soc. à Sparte*, p. 23 ; Gilbert, 1re éd., I, p. 43, note 3 ; Schulthess, p. 79. C'est principalement à l'égard des rois mineurs que les auteurs parlent de la tutelle légitime à Sparte, et ils nomment πρόδικος le tuteur du roi mineur, nous dirions aujourd'hui le régent. Thucydide, I, 132, 1, dit en parlant de Pausanias : Πλείσταρχον γὰρ τὸν Λεωνίδου ὄντα βασιλέα καὶ νέον ἔτι ἀνεψιὸς ὢν ἐπετρόπευεν. Pausanias était ainsi tuteur légitime de Pleistarchos en qualité de cousin germain, car leurs pères, Léonidas et Cléombrotos étaient frères. Hérodote (IX, 10) laisse d'ailleurs clairement entendre que si Cléombrotos, père de Pausanias, avait encore été en vie, c'est lui qui aurait dû être le πρόδικος de Pleistarchos. La tutelle légitime a dû d'ailleurs être admise à Sparte non seulement pour les rois mais encore pour les simples citoyens. C'est ce qui semble résulter du passage suivant de Pausanias, III, 5, 7 : Παυσανίου δὲ φυγόντος οἱ μὲν παῖδες Ἀγησίπολις καὶ Κλεόμβροτος νέοι παντάπασιν ἔτι ἦσαν, Ἀριστόδημος δὲ ἐπετρόπευεν αὐτοὺς γένους ἐγγύτατα ὤν.

(2) Platon, *Epist.*, VII, p. 345, d : ὄντος μὲν ἀδελφιδοῦ, κατὰ νόμους δ'ἐπιτροπεύοντος. Ce passage de Platon avait été d'abord appliqué au droit attique. Cf. Hermann, *Privatalt.* 2e éd., § 57, note 14. Mais on est d'accord aujourd'hui pour dire qu'il se réfère au droit de Syracuse. Cf. Hermann-Thalheim, p. 14, note 4 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 556, note 205 ; Schulthess, p. 80 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 732. On peut voir aussi dans l'inscription précitée de Mylasa (*supra*, p. 157) un cas de tutelle légitime, si l'on admet qu'il s'agisse là d'une véritable tutelle ouverte pendant l'absence du père. Ce sont, en effet, les plus proches parents (le frère et deux oncles paternels) qui sont appelés à remplacer le père comme ἐπίτροποι. Cf. Hermann-Thalheim p. 14, note 4.

(3) Frænkel, *Inschr. v. Pergamon*, I, nos 13, 8 : ὑπὲρ ὀρφανικῶν ὅπως οἱ ἄγχιστα γένους λαμβάνωσιν ἢ ᾧ ἂν ἀπολίπῃ.

(4) V. *supra*, t. I, p. 177.

tre les cas que nous avons précédemment cités pour démontrer l'existence d'une tutelle légitime déférée au plus proche parent, τῷ ἐγγυτάτῳ γένους, nous aurons l'occasion d'en citer plusieurs autres où les fonctions du tuteur sont exercées par le frère, l'oncle ou le cousin du pupille, et où le tuteur est manifestement le plus proche parent du pupille [1]. A supposer que ces différents cas se réfèrent à une tutelle testamentaire et non à une tutelle légitime, ils n'en démontreraient pas moins que la prétendue prohibition de Solon serait tout à fait contraire à la pratique et que les Athéniens n'avaient point contre les plus proches parents le préjugé qui aurait dicté la loi de Solon. On ne peut songer à justifier l'existence de cette loi en la rapprochant de celle de Charondas, dont l'authenticité paraît incontestable. Charondas séparait la gestion des biens de l'éducation du pupille, attribuant la première aux parents paternels, parce qu'ils étaient directement intéressés, comme héritiers éventuels du mineur, à ce qu'elle fût bien conduite, confiant la seconde aux parents maternels, parce qu'il ne pouvait supposer chez eux que des sentiments affectueux à l'égard du pupille. Mais précisément cette séparation, dans la loi de Thurium, de la gestion et de l'éducation, fait que l'on ne peut argumenter de cette loi dans l'opinion que nous combattons, car, dans le droit attique, les fonctions séparées par Charondas sont réunies entre les mêmes mains, celles du tuteur, dont les pouvoirs s'exercent à la fois sur les biens et sur la personne du pupille. Nous observerons enfin que dans toutes les législations où l'organisation de la tutelle était fondée sur l'idée de conservation des biens dans la famille, on a toujours fait marcher de front l'hérédité et la tutelle. Il en était ainsi notamment à Rome et dans notre droit du moyen-âge. La même règle a donc dû être suivie à Athènes.

(1) V. *infra*, p. 175 et s.

(2) Cf. en ce sens : Platner, *Process*, II, p. 278 ; Van den Es, p. 164 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 555 ; Caillemer, p. 438 ; Hermann-Thalheim, p. 14 ;

Nous conclurons en disant qu'il existe, dans le droit attique, de même que dans le droit romain, une tutelle légitime, déférée par la loi elle-même à ceux qui sont les plus proches dans l'anchistie [1]. Les parents du pupille tirant leur vocation à la tutelle de leur vocation à la succession légitime, on doit en conclure que celui qui est le plus proche, excluant tous les autres de la succession, doit aussi les exclure de la tutelle. Nous dirons, d'autre part, que, si au lieu d'un seul anchisteus au degré le plus proche, il y en a plusieurs, la tutelle s'impose à tous, de même qu'ils ont tous l'expectative de la succession.

Au premier rang des successibles, nous trouvons les frères germains et consanguins du pupille. Si donc celui-ci a, au décès de son père, un frère déjà majeur, c'est à ce dernier que revient la tutelle. Nous en avons un exemple dans le plaidoyer de Lysias contre Théomneste où l'on voit Pantaléon, fils aîné et majeur du défunt, exercer la tutelle de ses frères. Il y a tout lieu de croire qu'il s'agit ici d'une tutelle légitime et non d'une tutelle testamentaire, car un Athénien ne doit guère songer à faire un testament quand il a déjà un fils majeur [2]. Nous ne saurions, du reste, admettre que

Schulthess, p. 81 et s. Caillemer, *Succession*, p. 107; Westermann, in *Paulys Realencyclopædie*, v° *Tutela*. On peut rapprocher de la loi de Charondas la disposition de la loi de Gortyne (VIII, 50-53) aux termes de laquelle la fille patrôoque mineure, qui n'a pl s sa mère, doit être nourrie par les oncles maternels. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 158, note 39.

(1) V. en ce sens : Platner, *loc. cit.* ; Hermann-Thalheim, p. 14 ; Muller-Busolt, IV, 1, p. 19 ; Telfy, p. 605, n° 1373 ; Ciccotti, p. 113 ; Schulthess, p. 63 et s. ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729. — Platon, dans son *Traité des Lois*, admet également l'existence d'une tutelle légitime, et il s'inspire probablement sur ce point, comme pour ce qui a trait à la tutelle testamentaire (v. *supra*, p. 167, note 1) des règles du droit positif. Il règle ainsi la tutelle légitime, XI, p. 924 b : ἐὰν δὲ ἢ τὸ παράπαν μὴ διαθέμενος τελευτήσῃ τις ἢ τῆς τῶν ἐπιτρόπων αἱρέσεως ἐλλιπής, ἐπιτρόπους εἶναι τοὺς ἐγγύτατα γένει πρὸς πατρὸς καὶ μητρὸς κυρίους, δύο μὲν πρὸς πατρός, δύο δὲ πρὸς μητρός, ἕνα δ' ἐκ τῶν τοῦ τελευτήσαντος φίλων, τούτους δ' οἱ νομοφύλακες καθιστάντων τῷ δεομένῳ τῶν ὀρφανῶν. V. sur ce nombre des tuteurs, *infra*, p. 196.

(2) Platner, *Process*, II, p. 278 ; Hermann-Thalheim, p. 14, note 4.

la survenance de la majorité chez un des pupilles ait pour effet de lui conférer la tutelle de ses frères encore mineurs et de dépouiller de ses fonctions le parent, évidemment plus éloigné, qui était jusque-là investi de la tutelle. Du moins, le texte qu'on cite en sens contraire ne nous paraît nullement décisif [1].

A défaut de frères germains ou consanguins, la succession passe à leur postérité. Mais il est peu vraisemblable que l'on puisse faire application à la tutelle de cette loi de succession et qu'un mineur puisse, en conséquence, se trouver sous la tutelle de son neveu. Le cas qui se produisait ordinairement, c'était la délation de la tutelle aux oncles du défunt, car ils viennent à la succession après les frères ou neveux. Les discours des orateurs nous rapportent plusieurs exemples de tutelle exercée par l'oncle du pupille. Nous avons précédemment cité le cas d'Aristomène, celui de Dinias et celui dont parle Lysias dans son discours sur les biens d'Aristophane. [2] D'autres plaidoyers nous montrent également un oncle dans les fonctions de tuteur, et, comme rien n'y laisse supposer que, dans ces différents cas, la tutelle ait été déférée à l'oncle par un testament, on doit plutôt admettre qu'il s'y agit d'une tutelle légitime [3].

Schulthess, p. 66. Ce dernier auteur rapproche de la tutelle ainsi exercée par le fils majeur sur ses frères mineurs, celle qui appartiendrait au fils majeur (comme κύριος) sur sa mère au décès du père. Mais la tutelle du fils majeur est, comme nous le verrons en étudiant la tutelle des femmes, très contestable.

(1) V. *supra*, p. 164.

(2) V. *supra*, p. 170.

(3) Ainsi, dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage d'Apollodore, § 6, Eupolis est mentionné comme tuteur d'Apollodore, et l'on voit, au § 5, qu'il était le frère de Thrasyllos, père d'Apollodore. Dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Ciron, on voit que Dioclès, contre qui le discours est dirigé, était le tuteur du fils de sa sœur. De même encore, dans un plaidoyer d'Isée, dont nous ne possédons que des fragments (fr. 29-33, Sauppe), c'est encore un oncle qui se défend contre l'action de la tutelle dirigée contre lui par des neveux. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 488.

Jusqu'à quel degré peut-il y avoir délation de la tutelle légitime? Il est difficile de se prononcer à cet égard. Si l'on considère le fondement de cette institution, on doit dire que tous les parents appelés, le cas échéant, à la succession, peuvent réclamer la tutelle légitime, et qu'à l'inverse elle s'impose à eux, quelque éloignés qu'ils puissent être du pupille. Si, d'un autre côté, on se réfère à la définition précitée de l'*Etymologicum magnum* [1] qui oppose les χηρωσταί aux ἐπίτροποι, on doit plutôt se prononcer pour l'exclusion des χηρωσταί de la tutelle légitime, alors même qu'ils seraient au degré successible. Il y aurait une autre raison pour ne pas étendre au-delà des ἀνεψιῶν παίδων le droit et la charge de la tutelle légitime, c'est qu'on ne peut guère attendre de parents à un degré plus éloigné l'affection que le législateur suppose chez le tuteur pour son pupille.

Nous avons, en ce qui concerne la délation de la tutelle légitime, à résoudre une dernière difficulté qui se présente dans le cas où une veuve se remarie alors qu'elle a des enfants mineurs. Il s'agit de savoir si ces enfants conservent le tuteur légitime qu'ils avaient jusqu'alors ou, si au contraire, ils ne passent pas de plein droit sous la tutelle de leur beau-père. Il est un point absolument certain, c'est que si le père des enfants mineurs leur a, dans son testament, désigné un tuteur et a en même temps donné sa femme en mariage à ce dernier, le beau-père des enfants se trouve être en même temps leur tuteur. C'est ainsi que le père de Démosthène décide dans son testament que sa veuve Cléoboulé deviendra la femme d'Aphobos et désigne en même temps celui-ci comme un des tuteurs de ses enfants [2]. En agissant ainsi, le testateur s'assure que ses enfants seront soigneusement élevés par des personnes de son choix. Mais que si le père de famille ne laisse point de testament, sa veuve a,

(1) V. *supra*, p. 172, note 2.
(2) V. Démosthène, *In Aphob.*, I, § 4.

comme nous l'avons vu à propos de la dot, le choix entre deux partis [1]. Elle peut d'abord abandonner le domicile conjugal pour retourner dans sa maison paternelle. Il est évident qu'alors les enfants conservent leur tuteur légitime et ne tombent point sous l'autorité du kyrios de leur mère, qui n'est pour eux qu'un parent maternel. Si maintenant la veuve reste dans le domicile conjugal, les enfants conservent de même leur tuteur légitime et l'on admet même généralement que le tuteur de ces enfants est, en attendant leur majorité, le kyrios de la mère [2]. En supposant, dans l'un ou dans l'autre cas, que la mère veuve se remarie, ses enfants mineurs se trouvent-ils par cela-même placés sous la tutelle du nouveau mari, de leur beau-père. On a soutenu l'affirmative [3] en se fondant sur le plaidoyer d'Isée pour la succession d'Astyphile. L'orateur dit, dans ce plaidoyer : « Lorsque mon père Théophraste reçut en mariage des mains d'Hiéroclès ma mère, qui était déjà mère d'Astyphile, elle amena avec elle chez mon père ce fils, qui était encore tout jeune. Astyphile vécut toujours près de nous, et mon père se chargea de son éducation (ἐπαιδεύθη) » [4]. Au paragraphe suivant, on voit que Théophraste s'est occupé non seulement de l'éducation d'Astyphile, mais encore de la gestion de ses biens, et qu'il cultivait les terres d'Astyphile. Enfin, à la majorité de ce dernier, Théophraste lui restitua, comme le veulent la justice et les lois, tout ce qui lui appartenait. Théophraste exerçait donc bien toutes les fonctions de la tutelle et, comme un tuteur, il a rendu ses comptes. Généralisant les faits que nous révèle ce plaidoyer, on en a conclu que le beau-père devient de plein droit le tuteur des enfants que sa femme a eus d'un premier lit, et que ces enfants passent dans la famille du second mari.

(1) V. *supra*, t. I, p. 311 et s.
(2) Nous démontrerons ultérieurement l'inexactitude de cette théorie.
(3) Platner, *Process*, II, p. 279.
(4) Isée, *De Astyph. her.*, § 27. Cf. Caillemer, *in Annuaire*, 1875, p. 180.

Cette généralisation est, à notre avis, tout à fait arbitraire. Nous reconnaissons bien que, dans l'espèce rapportée par Isée, le beau-père a exercé la tutelle de l'enfant du premier lit, mais nous ne pensons pas que ce soit en vertu de sa seule qualité de second mari de la mère. Il devait y en avoir une autre cause que l'orateur ne nous indique pas, un testament par exemple. Mais la preuve que le beau-père n'est point nécessairement investi de la tutelle légitime ressort manifestement de deux autres plaidoyers, l'un de Lysias, l'autre d'Isée. Ainsi d'abord nous voyons, dans le plaidoyer de Lysias contre Diogiton [1], que celui-ci, tuteur légitime des enfants de Diodotos, conserve la tutelle bien que leur mère se soit remariée. Isée nous dit également, dans son plaidoyer sur la succession d'Apollodore [2], que celui-ci reste sous la tutelle de son oncle Eupolis, bien que sa mère se soit remariée avec Archédamos. Le beau-père, par affection pour l'enfant de sa femme, le prend avec lui et l'élève dans sa maison ; mais Apollodore n'en conserve pas moins Eupolis pour tuteur et, aussitôt qu'il a atteint sa majorité, il intente, avec l'aide de son beau-père, deux procès contre Eupolis pour le forcer à lui restituer les biens détournés de la tutelle. Si Archédamos était devenu le tuteur de son beau-fils, il n'aurait certainement pas attendu aussi longtemps pour agir contre son prédécesseur infidèle. La tutelle ne passe donc pas de plein droit au nouveau mari de la mère, et, *a priori*, cette solution est conforme aux principes du droit et de l'équité. On ne voit point, en effet, de motif pour confier au beau-père la tutelle d'un mineur dont il n'est point l'héritier éventuel, alors qu'au contraire le tuteur légitime conserve son droit à la succession du pupille. Il serait dangereux, d'autre part, à tous les points de vue, de confier la tutelle au nouveau mari dont les intérêts peuvent être directement opposés à ceux du mineur et qui peut même

(1) § 8.
(2) § 7.

quelquefois souhaiter la disparition de ce dernier pour enrichir ses propres enfants [1].

3o *Du rôle de l'archonte en matière de tutelle testamentaire ou légitime.*

Que la tutelle soit déférée en vertu d'un testament ou en vertu de la loi, l'archonte joue un certain rôle dans son établissement. Le caractère de cette intervention de l'archonte a été pendant longtemps assez difficile à préciser, quand on n'avait pour se décider qu'un texte de Pollux renfermant une énumération des attributions de l'archonte éponyme. Mais aujourd'hui l'obscurité nous paraît entièrement dissipée par la découverte de l'Ἀθηναίων πολιτεία d'Aristote dont un chapitre, consacré également à cette même énumération, renferme relativement à la tutelle des dispositions qui, à notre avis, permettent d'apprécier exactement le rôle de l'archonte en cette matière. Nous croyons devoir exposer d'abord, bien qu'elles n'offrent plus qu'un intérêt secondaire, les différentes interprétations auxquelles a donné lieu le texte de Pollux ; puis nous indiquerons les déductions que l'on doit tirer du texte d'Aristote.

Pollux dit, à propos de l'archonte éponyme : ὁ δὲ ἄρχων διατίθησι μὲν Διονύσια καὶ Θαργήλια μετὰ τῶν ἐπιμελητῶν, δίκαι δὲ πρὸς αὐτὸν λαγχάνονται κακώσεως, παρανοίας, εἰς διαιτητῶν αἵρεσιν, ἐπιτροπῆς ὀρφανῶν, ἐπιτρόπων καταστάσεις, κλήρων καὶ ἐπικλήρων ἐπιδικασίαι. Au premier abord, les καταστάσεις ἐπιτρόπων semblent devoir être rangées parmi les δίκαι de la compétence de l'archonte éponyme. Cependant, il faut reconnaître qu'il n'en est rien, et la preuve en est que Pollux, lorsqu'il

(1) Cf. en ce sens : Schœmann, sur Isée, p. 361 et 421 ; Schulthess, p. 67-69 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729.
(2) VIII, 89.

parle de καταστάσεις ἐπιτρόπων, ne met plus cette expression au génitif, comme il le fait pour les actions qui précèdent. Ce n'est point toutefois une raison, comme nous l'avons vu, pour conclure de là, avec Meier, à l'inexistence d'une tutelle légitime dans le droit attique [1]. Van den Es [2] qui rejette, et avec raison, la correction faite par Meier au texte de Pollux, en propose lui-même une autre. D'après lui, il faudrait effacer le mot καταστάσεις, et lire ἐπιτροπῶν (*tutelarum*) au lieu d'ἐπιτρόπων (*tutorum*), de sorte que le texte attribuerait à la fois à l'archonte l'épidicasie des tutelles et celle des successions et des épiclères, et se référerait ainsi à un procès de tutelle c'est-à-dire à des prétentions rivales à la tutelle sur lesquelles l'archonte serait appelé à statuer. Quant à la raison sur laquelle se fonde Van den Es pour proposer cette correction, c'est la suivante. Le mot ἐπιτρόπων, dit-il, s'étant trouvé substitué dans un manuscrit au mot ἐπιτροπῶν, un copiste ultérieur, ne saisissant plus la pensée de Pollux, a cru devoir ajouter le mot καταστάσεις, pour en faire dépendre le mot ἐπιτρόπων, alors qu'il aurait dû simplement changer l'accentuation.

Cette correction nous paraît tout aussi arbitraire que celle de Meier, et avec ce système de modifications on peut arriver à faire dire à un auteur tout ce que l'on veut [3]. Schulthess [4], respectant, au contraire, le texte de Pollux, en tire les conclusions suivantes. D'abord, dit-il, en admettant l'existence d'une tutelle légitime, on peut concevoir que certaines difficultés s'élèvent à l'occasion de l'établissement de la tutelle. C'est d'abord le cas où plusieurs parents émettent des prétentions rivales à la tutelle. Des difficultés peuvent également se produire, en cas de pluralité de tuteurs, lorsqu'il s'agit de répartir entre eux les différentes fonc-

(1) V. *supra*, p. 168.
(2) P. 162 et s.
(3) Cf. Ciccotti, p. 110.
(4) P. 10 et s.

tions de la tutelle. Dans ces différentes hypothèses, intervient une décision de l'archonte εἰς ἐπιτρόπων κατάστασιν [1]. Schulthess, se fondant d'ailleurs sur le mot κατάστασις qui signifie non point choix, nomination, mais plutôt établissement, installation [2], en conclut que dans tous les cas où une personne prétend avoir le droit d'exercer une tutelle, soit en vertu de sa qualité de parent, soit sur le fondement d'un testament qui la lui défère, elle doit se présenter à l'archonte pour que celui-ci la confirme dans ses fonctions. Pollux ne vise, il est vrai, que l'hypothèse où il n'y a pas de testament, mais on ne doit pas hésiter à admettre la nécessité de la confirmation pour tous les cas de tutelle testamentaire comme pour celui de la tutelle légitime. Dans le cas de cette dernière, ce n'est d'ailleurs qu'un simple droit de confirmation et non un droit de nomination que possède l'archonte, et on doit d'autant moins lui accorder ce droit de nomination que dans aucun autre texte il n'est question de l'intervention de l'archonte dans l'établissement de la tutelle. Les pouvoirs de l'archonte se réduisent ainsi à un droit de surveillance et de contrôle, et il n'intervient point directement ni activement du moment qu'il existe des tuteurs légitimes ou testamentaires. Il ne pourrait au surplus suffire à toutes ses obligations, s'il avait la charge de nommer lui-même les tuteurs légitimes ; il se borne à les confirmer lorsqu'ils se présentent à lui pour réclamer la tutelle.

Cette théorie, qu'il n'était peut-être pas très sage de déduire du seul mot κατάστασις, s'est trouvée néanmoins confirmée par l'Ἀθηναίων πολιτεία d'Aristote. Cet auteur énumé-

(1) Schulthess estime que l'expression ἐπιτρόπων καταστάσεις peut être remplacée par celle de εἰς ἐπιτρόπων καταστάσεις. Il se fonde, pour le décider ainsi, sur l'emploi qui est fait indifféremment dans les textes des expressions δατητῶν αἵρεσις et εἰς δατητῶν αἵρεσιν pour désigner la même procédure relative au choix des δατηταί.

(2) Schulthess argumente en ce sens du passage de Platon, *Leges*, VI, p. 767, *a*, ou il est dit : τρόπον δή τινα καὶ τῶν δικαστηρίων αἱ καταστάσεις ἀρχόντων εἰσὶν αἱρέσεις.

rant, comme Pollux, les attributions de l'archonte éponyme, nous dit, au c. 56, que l'archonte est compétent : εἰς ἐπι[τρ]οπῆς κατάστασιν, εἰς ἐπιτροπῆς διαδικασίαν, εἰς [ἐ]μφανῶν κατάστασ[ιν] [1], ἐπιτρ[οπ]ον αὑτὸν ἐγγράψαι, κλήρων καὶ ἐπικλήρων ἐπιδικασίαι. Ses attributions sont multiples en matière de tutelle. Il y a d'abord l'ἐπιτροπῆς κατάστασις, c'est-à-dire l'établissement de la tutelle, ce qui se réfère, à notre avis, au cas où personne ne se présente, en vertu d'un testament ou de la loi, pour exercer la tutelle. On peut alors adresser une requête à l'archonte pour qu'il désigne un tuteur, soit légitime, si le mineur a des parents, soit datif. L'archonte statue, en second lieu, εἰς ἐπιτροπῆς διαδικασίαν, expression qui ne peut soulever de difficulté, et qui vise manifestement le cas où plusieurs personnes émettent des prétentions rivales à la tutelle. Enfin, d'après Aristote, ἐπίτροπον αὑτὸν ἐγγράψαι. Ces mots doivent se référer, selon nous, à l'obligation qui incombe à tout tuteur testamentaire ou légitime de déclarer à l'archonte son intention d'exercer la tutelle en vertu du testament ou de sa parenté [2], afin que le magistrat confirme ses prétenions. Les orateurs font allusion dans leurs plaidoyers à cette obligation où se trouve le tuteur

(1) Nous adoptons la restitution qui est généralement admise d'après le texte d'Harpocration (v° εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν) où cet auteur affirme qu'Aristote, dans son Ἀθηναίων πολιτεία signalait cette action comme étant de la compétence de l'archonte éponyme. On ne voit pas très bien, il est vrai, comment cette action, d'ordre purement matériel, se trouve citée au milieu d'autres actions relatives à des droits de famille. Il y a là un manque de méthode qui n'est point du reste le seul que l'on puisse reprocher à Aristote.

(2) Lipsius, *in Berichte der saechsischen Gesellschaft der Wissenschaften* (*Phil. u. hist.*, 1891, t. XXXI, p. 5[illegible]), donne une interprétation différente. A côté, dit-il, de l'action εἰς ἐπιτροπῆς κατάστασιν, déjà connue par Pollux, apparaît celle εἰς ἐπιτροπῆς διαδικασίαν, dont l'explication donnée par le papyrus est malheureusement illisible et se trouvait probablement être la suivante : ἐάν τις ἀμφισβητῇ δεῖν ἐπίτροπον αὑτὸν ἐγγράψαι. Cette action était manifestement applicable dans le cas où la tutelle était revendiquée par plusieurs personnes, tandis que l'action εἰς ἐπιτροπῆς κατάστασιν doit être restreinte aux autres cas où l'institution du tuteur pouvait faire l'objet d'un procès.

de procéder à l'inscription de sa demande sur le tableau du magistrat. Ainsi, dans le plaidoyer d'Isée sur la succession de Philoctémon, on voit Androclès et Antidoros, invoquant vraisemblablement un faux testament, se présenter à l'archonte en qualité de tuteurs (ἐπιγράψαντες σφᾶς αὐτοὺς ἐπιτρόπους) et réclamer en conséquence que l'archonte ordonne la location des biens de leur pupille [1]. De même, dans son plaidoyer sur l'héritage de Nicostrate, Isée, après avoir parlé de différentes personnes qui élevaient des prétentions sur cet héritage, ajoute qu'un nommé Aminiadès se présenta également devant l'archonte, avec un enfant de trois ans, qu'il donnait pour le fils de Nicostrate, et réclamait de son côté la succession. Or cet Aminiadès ne pouvait guère agir ainsi que comme tuteur de l'enfant, et c'est en se fondant sur un faux testament qu'il demandait à l'archonte de confirmer son titre [2].

En définitive, il y aurait lieu, pour la tutelle testamentaire ou légitime, à une procédure semblable à celle qui est usitée pour une succession lorsqu'elle est réclamée par des héritiers qui n'ont pas la saisine légale. Ces héritiers doivent former une demande d'envoi en possession, λῆξις, qui est portée à la connaissance du public au moyen d'une inscription sur le tableau du magistrat. S'il n'y a pas d'opposant, l'archonte procède à l'ἐπιδικασία, c'est-à-dire adjuge la succession au postulant, ou plus exactement homologue sa λῆξις. Si, au contraire, il se produit des oppositions, il y a lieu à διαδικασία. Pareillement, en matière de tutelle, même s'il ne se produit pas d'opposition, il faut que l'archonte homologue la demande du prétendant droit à la tutelle, et cela en vertu de sa mission générale de protection vis-à-vis des orphelins (ἐπιμελεῖσθαι τῶν ὀρφανῶν), pour vérifier si le postulant ne se trouve pas dans un cas d'incapacité prévu par la

(1) Isée, *De Philoct. her.*, § 36.
(2) Isée, *de Nicostr. her.*, § 8. Cf. Schulthess, p. 55, et 73.

loi. Que s'il y a contestation sur la délation de la tutelle, on recourt à une διαδικασία, comme en cas de succession. C'est là peut-être une des raisons pour lesquelles Aristote rapproche l'inscription des tuteurs des κλήρων καὶ ἐπικλήρων ἐπιδικασίαι [1].

4° *De la tutelle dative.*

Le rôle de l'archonte est beaucoup plus important quand il ne peut y avoir de tutelle testamentaire ou légitime, soit par suite du refus ou de l'incapacité des tuteurs testamentaires, soit en raison de l'absence totale de parents. L'archonte doit alors nommer lui-même des tuteurs. C'est à cette fonction de l'archonte que se réfèrent les textes précités de Pollux et d'Aristote concernant la κατάστασις ἐπιτρόπων ou ἐπιτροπῆς. L'impossibilité d'une tutelle légitime ou testamentaire pouvait, du reste, se présenter assez souvent : tel est le cas notamment pour les enfants naturels qui n'ont pas d'anchisteis et qui ne peuvent non plus avoir de tuteur testamentaire puisque leur père n'a pas sur eux la puissance paternelle [2]. De même, l'apokéryxis rompant à la fois la puissance paternelle et l'anchistie, c'est à l'archonte que revient le soin de donner un tuteur à l'enfant ἀποκήρυκτος [3]. Nous ne possédons cependant aucun exemple de tutelle déférée

(1) Cf. Hermann-Thalheim, p. 14, note 5. — L'interprétation que nous admettons relativement au droit de l'archonte, non point de nommer mais seulement de confirmer le tuteur légitime, peut être appuyée encore sur les dispositions de Platon dans son *Traité des Lois*. En effet, les νομοφύλακες qui, dans le système du philosophe, remplissent les attributions dévolues à l'archonte en matière de tutelle, n'ont point à nommer un tuteur (du moins dans le cas où le tuteur en exercice vient à décéder) mais seulement à confirmer le choix fait par les plus proches parents : *Leges*, VI, p. 766 e. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 553, note 198 ; Schulthess, p. 72 et 87.

(2) V. *supra*, t. I, p. 504.

(3) V. *supra*, t. II, p. 143.

par le magistrat : aussi est-il impossible d'indiquer les règles suivies par l'archonte pour l'organisation de cette tutelle [1].

Existe-t-il d'autres tuteurs que les tuteurs testamentaires, légitimes ou datifs ? Platner [2] a prétendu que, dans le cas où le pupille avait à agir en justice contre son tuteur dans un procès privé, il y avait lieu de lui nommer un tuteur spécial, analogue au *tutor prætorianus* du droit romain.

Cette théorie, quoique fort rationnelle en soi, nous semble cependant tout à fait conjecturale. On ne rencontre d'abord aucun texte qui vienne l'appuyer. D'autre part, la nomination d'un tuteur *ad hoc* ne paraît pas avoir été nécessaire à Athènes comme elle l'a été à Rome ou dans d'autres législations. A Athènes, en effet, le pupille avait ordinairement plusieurs tuteurs, de sorte que, comme nous le verrons ultérieurement, il pouvait très bien soutenir par l'intermédiaire de l'un d'eux les procès qu'il pouvait avoir contre un autre de ses tuteurs [3].

On peut se demander aussi si l'on ne rencontre pas quelquefois des tuteurs honoraires. On a voulu trouver un premier cas de tutelle honoraire dans les plaidoyers de Démosthène contre Aphobos. Les deux premiers plaidoyers, a-t-on dit, ne nomment que trois tuteurs, Aphobos, Démophon et Thérippide, tandis que le troisième en nomme un quatrième, Démon, père de Démophon [4]. Mais, dit-on, si on lit avec attention le deuxième plaidoyer contre Aphobos [5], on voit que Démon, lors de la confection du testament, a été appelé par son frère, qui l'a fait asseoir à côté de lui. Ce n'est pas un simple témoin ; c'est un de ceux auxquels le testateur confie sa veuve et ses enfants ainsi que l'exécution de ses dernières

(1) Cf. Schulthess, p. 14 ; Lécrivain, p. 129.
(2) *Process*, II, p. 288.
(3) Schulthess, p. 75 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729.
(4) Démosthène, *In Aphob.*, III, § 6. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 469.
(5) Démosthène, *In Aphob.*, II, § 15.

volontés. On doit voir en conséquence dans Démon un tuteur honoraire, n'ayant aucune part à la gestion des biens [1]. Cette interprétation, bien qu'elle paraisse assez plausible si l'on s'en tient au texte du troisième plaidoyer contre Aphobos, est néanmoins fort douteuse. Elle n'a de base, en effet, que si l'on admet l'authenticité de ce troisième plaidoyer, authenticité qui est fort contestable [2]. Aussi d'autres auteurs, dont l'opinion nous paraît également fort sérieuse, voient-ils dans Démon un simple témoin du testament, désigné inexactement comme tuteur par l'auteur du troisième plaidoyer [3]. On pourrait être également tenté de considérer, dans le testament d'Aristote, Antipater comme une sorte de tuteur honoraire [4]. Cependant, rien n'établit qu'il n'ait point partagé la gestion avec les cinq autres tuteurs désignés un peu plus loin par le testateur.

(c) *Des incapacités et des excuses en matière de tutelle.*

Dans la plupart des législations modernes, comme d'ailleurs à Rome, la tutelle comporte des incapacités, des causes d'exclusion et des excuses, trois choses qu'il faut se garder de confondre. Les incapacités sont fondées sur des considérations générales d'ordre public ou sur l'intérêt du pupille, et elles atteignent des classes entières de personnes, mais sans impliquer aucune défiance spéciale à l'égard des individus. Les

(1) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 69, note 29. Van Assen (cité par Van den Es, p. 165, note 4) dit également en ce sens : « Ut Romae, sic etiam Athenis nobiliores in civitate viri plures in testamento dari solebant honoris causa appellantur honorarii et amicitiæ causa, ne quem præteriisse viderentur. »

(2) Cf. Schaefer, *Demosth. u. sein. Zeit*, III, 2, p. 85 ; Foerster, *Jahrb. f. class. Philol.*, CIX (1874), p. 358.

(3) Schulthess, p. 76 ; Schulin, p. 7. Cf. Blass, *Att. Bereds.*, III, 1, p. 206 ; Schaffner, *de III adv. Aph. or. vulgo Demosth. nomini addicta*, p. 18 et s. ; Buermann, *Jahrb. f. class. Philol.*, CXV (1877), p. 596.

(4) V. *supra*, p. 165.

causes d'exclusion, au contraire, dérivent uniquement de l'intérêt du pupille ; elles atteignent un individu capable, mais dont la loi se défie. Enfin les cause d'excuses sont établies en faveur du tuteur et non du pupille. Sur cette matière des incapacités, des causes d'exclusion et des excuses, nous ne possédons que des renseignements assez vagues, dont la pauvreté contraste avec la richesse relative des sources sur les autres points de la tutelle. Aussi est-il assez difficile de reconstruire une théorie qui a dû cependant offrir dans le droit attique un assez grand intérêt, sinon juridique, du moins pratique.

Des incapacités et des causes d'exclusion.

Le tuteur devant, en quelque sorte, compléter la personne juridique du pupille et le représenter en justice, doit naturellement avoir lui-même la jouissance de tous ses droits civils. On doit, en conséquence, considérer les femmes comme incapables de remplir les fonctions de tuteur, et cela même lorsqu'il s'agit d'une tutelle testamentaire. La femme athénienne, en effet, qui est frappée d'une incapacité presque absolue de contracter et d'ester en justice, ne saurait faire pour autrui ce qu'elle ne peut faire pour elle-même. Il est vrai que, d'après certains passages des orateurs ou des poètes, la femme athénienne paraît avoir eu une situation juridique beaucoup plus relevée. On pourrait même croire, d'après un discours d'Eschine, qu'après la mort du père la mère non remariée gouvernait la fortune des enfants issus du mariage. L'orateur nous dit, en effet, que son rival Démosthène, après avoir dévoré son patrimoine, parcourait la ville faisant la chasse aux orphelins riches dont les pères étaient morts et dont la fortune était gouvernée par leurs mères [1]. On voit aussi dans un document d'Erythrée qu'une

(1) Eschine, *C. Timarch.*, § 170 : νέους πλουσίους ὀρφανούς, ὧν οἱ μὲν πατέρες τετελευτήκεσαν, αἱ δὲ μητέρες διῴκουν τὴν οὐσίαν.

femme y a exercé les fonctions de tuteur [1]. Il n'en faut pas moins, à notre avis, se prononcer pour l'incapacité de la femme d'être tutrice. Cette solution, bien que n'étant consacrée par aucun texte, découle des principes généraux du droit attique sur la condition juridique de la femme et que nous exposerons en traitant de la tutelle des femmes. Nous y verrons que les textes allégués pour démontrer la capacité de la femme athénienne, et notamment le passage précité d'Eschine, ne sont nullement décisifs. Quant à l'inscription d'Erythrée, elle prouve bien que dans cette ville la condition de la femme était supérieure à celle que lui faisait le droit attique [2], mais on ne saurait légitimement transporter dans ce droit une solution qui pouvait n'être admise qu'exceptionnellement à Erythrée [3].

Sont également incapables d'être tuteurs, et pour la même cause que les femmes, les mineurs [4]. Il n'y a même pas d'exception à faire, à leur égard, pour la tutelle légitime [5]. Nous avons vu, d'autre part, que la majorité d'un des pupilles n'a point pour effet de lui transférer la tutelle légitime de ses frères encore mineurs [6].

Le tuteur devant être évidemment sain d'esprit, il en résulte que la tutelle, même légitime, ne saurait être déférée

(1) Dittenberger, *Syllog.* 370, l. 120: αἱ δὲ ἱερητεῖαι ἐπεπράθησαν ἐπὶ ἱεροποιοῦ Ἡρακλεώτου μηνὸς Ληναιῶνος· Διοσκόρων Ἀστύνους Εὐθύνου καὶ ἐπίτροπος Νοσσὼ Σίμου καὶ κύριος Νοσσοῦς Θεόφρων Δημητρίου. Dans cette inscription, on voit que la mère fait un achat au nom de son fils, dont elle exerce la tutelle, mais elle est elle-même, à raison de son incapacité comme femme, assistée de son κύριος.

(2) Dittemberger (*loc. cit.*) observe que dans les cités d'Asie-Mineure les droits de la femme paraissent avoir été plus étendus, d'une manière générale, qu'à Athènes.

(3) Lewy, p. 50; Cauvet, p. 436. Ciccotti, p. 111. V. toutefois Desjardins, *Condit. de la femme*, p. 605.

(4) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 554; Ciccotti, p. 111; Schulthess, p. 49; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 129.

(5) Il en était autrement en droit romain. V. Accarias, I, n° 137.

(6) V. *supra*, p. 164.

à un *furiosus* [1]. L'individu en démence se trouve, du reste, lui-même en tutelle, alors du moins qu'une δίκη παρανοίας a été formée contre lui par ses fils ou par ses héritiers [2].

Mais de simples infirmités physiques suffisent-elles pour rendre une personne incapable d'exercer la tutelle? On a soutenu que le droit attique écartait de la tutelle ceux qui « *perpetuo morbo laborant* » [3]. Mais cette interprétation, qui ne repose sur aucun texte, est formellement contredite par un passage d'Eschine où l'orateur parle des νόμοι οἳ κεῖνται περὶ τῶν ὀρφανῶν καὶ τοῖς ἀδυνάτοις τῶν ἐπιτρόπων καὶ τοῖς δυναμένοις [4]. On conçoit d'ailleurs très bien que de simples infirmités physiques ne soient pas un obstacle à la tutelle, car le tuteur n'est pas obligé d'administrer lui-même directement le patrimoine de son pupille ; il peut le louer en bloc par la μίσθωσις οἴκου. En fait, toutefois, le testateur et l'archonte devaient s'abstenir autant que possible de désigner des ἀδύνατοι ἐπίτροποι à qui il aurait été difficile d'administrer un patrimoine consistant principalement en propriétés foncières [5].

On est d'accord pour refuser au citoyen frappé d'atimie totale, par exemple au débiteur de l'État, le droit d'être tuteur. L'Athénien frappé de cette atimie, qui est en effet incapable de figurer au nombre des Héliastes [6] ou d'être entendu comme témoin [7], parce qu'il n'est pas ἐπίτιμος, doit pour la même raison être incapable d'exercer la tutelle, qui est une sorte de fonction publique [8].

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 554 ; Schulthess, p. 49 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729.

(2) V. *infra*, sect. III, Interdiction.

(3) Baumstark, sur Schmeisser, p. 13, note.

(4) Eschine, *C. Timarch.*, § 23.

(5) Schulthess, p. 50. En droit romain, les sourds et les muets étaient incapables, sauf dans le cas d'une tutelle légitime. Cf. Accarias, I, n° 137.

(6) Pollux, VIII, 122. D'après Sopater, *Divis.* (*Rhetor. gr.*, éd. Walz, VIII, p. 268) l'atimie entraîne déchéance de la tutelle.

(7) Démosthène, *C. Neær.*, § 27.

(8) Ciccotti, p. 111 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 554 ; Schulthess, p. 49 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729.

C'est, par contre, une question assez délicate que celle de savoir si l'on doit refuser le droit d'être tuteur à celui qui n'a pas la qualité de citoyen athénien. On admet généralement que les étrangers ou métèques à Athènes, de même que les pérégrins, à Rome, sont incapables d'exercer la tutelle. Un métèque, dit-on, qui ne peut lui-même agir en justice que par l'intermédiaire d'un προστάτης, ne saurait évidemment gérer une tutelle ni représenter son pupille en justice. On voit, il est vrai, dans le discours de Démosthène pour Phormion, que celui-ci, bien qu'affranchi et métèque, a été nommé par Pasion, son ancien maître, tuteur de son fils Pasiclès [1]. Mais il y a là un cas tout à fait exceptionnel qui s'explique par les circonstances spéciales de la cause. D'abord, en effet, Phormion n'était point seul tuteur de Pasiclès, et il y avait à côté de lui un autre tuteur, nommé Nicoclès [2], qui pouvait alors, le cas échéant, défendre en justice les intérêts du pupille. Pasion, en nommant Phormion tuteur de son fils, avait été guidé par des considérations particulières, car Phormion, associé depuis un certain temps avec le testateur, était mieux à même que tout autre de bien gérer le patrimoine de Pasiclès, et c'est pour ce même motif que Pasion disposait que sa veuve Archippé devrait épouser Phormion [3].

Nous estimons, au contraire, que l'extranéité n'est point une cause d'incapacité. Le titre de citoyen confère, sans doute, à Athènes, certains droits qui sont refusés absolument à tous les non-citoyens, mais ce sont les droits politiques proprement dits. Abstraction faite de quelques inégalités prononcées à leur encontre, les métèques nous paraissent avoir eu à Athènes la jouissance de tous les droits civils.

(1) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 8.

(2) Démosthène, *C. Steph.*, I, § 37.

(3) Cauvet, p. 436 ; Ciccotti, p. 111 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 554 ; Dareste, *in Journal des Savants*, 1874, p. 690 ; Lewy, p. 50 ; Schulthess, p. 49 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729.

C'est ainsi, comme nous l'avons admis, que l'extranéité d'une des parties n'est nullement un obstacle à la conclusion d'un mariage valable [1]. De même, selon nous, l'extranéité n'est point une cause d'incapacité en matière de tutelle, parce qu'ici il s'agit exclusivement de l'exercice d'un droit privé, d'un droit de famille tout à fait indépendant de la πολιτεία. Aussi voyons-nous, en effet, que Phormion a pu être nommé tuteur du fils de son ancien maître Pasion. Cette nomination est parfaitement valable, car s'il y avait eu à cet égard quelque chose d'illégal ou d'extraordinaire dans le testament de Pasion, Apollodore n'aurait pas manqué de le relever dans son premier plaidoyer contre Stéphanos, attendu qu'il ne se gêne point pour reprocher à Phormion sa basse origine [2]. Peu importe que Phormion n'ait point été seul tuteur de Pasiclès : cette circonstance n'est point de nature à ébranler l'argument que nous tirons du cas de Phormion, car à Athènes l'usage était d'instituer plusieurs tuteurs. On ne peut du reste songer à considérer Phormion comme un simple *tutor honorarius;* en effet, on voit, que Pasion l'a choisi précisément à raison de sa capacité spéciale d'administrateur. On ne saurait non plus objecter que le métèque, étant subordonné à son prostate, ne pourrait agir en justice dans l'intérêt de son pupille. Le rôle du prostate vis-à-vis du métèque est loin d'être défini avec certitude. Certains pensent que l'intervention du prostate était de pure forme [3]. Suivant d'autres le prostate était plutôt un parrain qu'un patron [4]. Dans tous les cas, l'assistance du prostate, à supposer qu'elle ait été nécessaire au métèque pour agir en justice, n'aurait point entraîné dans la gestion de la tutelle des difficultés telles qu'on dût, pour cette seule cause, refuser à un

(1) V. *supra*, t. I, p. 187 et s.

(2) Démosthène, *C. Stephan.*, I, §§ 37 et s.

(3) Thumser, *Untersuchungen über die attischen Metœken* (*Wiener Studien*, t. VII, 1885), p. 52 et s.

(4) Clerc, *Métèques*, p. 269.

métèque le droit d'être le tuteur d'un mineur athénien. On ne peut enfin se prévaloir en sens contraire du caractère de *munus publicum* qui appartiendrait à la tutelle et en exclurait par conséquent les étrangers. Nous savons, en effet, que les métèques isotèles, c'est-à-dire ceux qui, quoique dispensés des taxes particulières aux métèques, n'en demeuraient pas moins étrangers [1], pouvaient remplir les fonctions d'arbitres privés, et il est même probable qu'il en était de même pour les simples métèques [2]. La raison en est que des étrangers peuvent pour le jugement de certains procès offrir des garanties de savoir et d'aptitude professionnelle qu'on aurait inutilement cherchées chez des citoyens. Donc à plus forte raison le testateur ou le magistrat peuvent-ils prendre en considération ces garanties spéciales pour déférer la tutelle à un métèque [3].

Si les étrangers, à notre avis du moins, sont capables d'être tuteurs, il en est autrement des esclaves, car ceux-ci manquent absolument de personnalité civile. Ils ne peuvent être investis de la tutelle que lorsqu'ils on été affranchis, comme dans le cas précité de Phormion [4].

La pauvreté ne paraît pas avoir constitué à Athènes une cause d'incapacité d'être tuteur. Le pupille ne trouvait point, sans doute, chez un tuteur sans fortune, de garanties contre la dilapidation de son patrimoine. Mais c'est là une simple considération de fait. Au surplus, le père de famille pouvait, en instituant un tuteur par testament, prévenir les inconvé-

(1) Clerc, *ibid.*, p. 201.

(2) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Diaitètai*, p. 129; Clerc, *ibid.*, p. 180.

(3) V. en ce sens : Hruza, II, p. 129, note 21. Cf. Van den Es, p. 166.

(4) Schulthess, p. 50. — Suivant Overbeck, *Gesch. der griech. Plastik*, 3e éd., I, p. 107, Mikythos aurait, en qualité de tuteur des fils d'Anaxilas de Rhegion, dedié a Olympie une certain nombre de figures de bronze des artistes Glaukos et Dionysos. Mais, comme Pausanias (V, 26, 2-6) qualifie Mikythos d'esclave et non de tuteur, il est impossible d'admettre, comme le dit Schulthess, (*loc. cit.*) qu'un esclave ait pu être investi de la tutelle.

nients qu'aurait entraînés la délation de la tutelle légitime à un individu peu ou point fortuné, et l'archonte, lorsqu'il était appelé à nommer lui-même le tuteur, devait faire porter son choix de préférence sur les citoyens possédant des biens suffisants pour fournir un gage sérieux au pupille [1].

Outre les incapacités que nous venons de signaler, le droit attique a-t-il admis des causes d'exclusion, impliquant une défiance spéciale à l'égard de certains individus, écartant, par exemple, de la tutelle, comme l'a fait Justinien [2], les créanciers ou les débiteurs du pupille, afin que ce dernier ne risque point de trouver dans son protecteur un ennemi ? Le silence des textes ne permet point de répondre à cette question, que nous serions plutôt porté à résoudre négativement. D'un autre côté, la parenté n'est point, comme nous l'avons vu, une cause d'exclusion, et l'on appelle, au contraire, à la tutelle légitime les plus proches parents, parce que c'est d'eux qu'on espère le plus d'affection pour le pupille et de diligence dans la gestion de ses biens. C'est de plus une règle consacrée par les mœurs plutôt que par la loi de ne déférer la tutelle qu'aux personnes qui ont eu de bons rapports avec le père du pupille et d'écarter autant que possible ceux qui ont été ses ennemis [3].

Des excuses.

La théorie des excuses suppose que la tutelle a le caractère d'une charge publique, qui la rend en principe obligatoire pour tout le monde, sauf pour ceux qui ont des excuses

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 560; Schulthess, p. 50 ; Ciccotti, p. 111.

(2) Nov. 72, c. 1 et 2.

(3) Schulthess, p. 51 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729 — Cf. Isée, *De Cleon. her.*, § 10 : δεδιὼς μὴ τελευτήσειεν αὐτὸς ἔτι παῖδας ἡμᾶς καταλιπὼν καὶ τῆς οὐσίας ἡμετέρας οὔσης γένοιτο κύριος Δεινίας· ἡγεῖτο γὰρ δεινὸν εἶναι τὸν ἔχθιστον τῶν οἰκείων ἐπίτροπον. Lysias, *C. Diogit.*, § 1 : δεινὰ πεπονθότες ὑφ' ὧν ἥκιστα ἐχρῆν.

à présenter. Or la tutelle a-t-elle, à Athènes, ce caractère qu'elle avait incontestablement dans le droit romain? L'affirmative ne fait pas de doute en ce qui concerne la tutelle légitime qui, comme nous l'avons montré, est à la fois un droit et une charge pour les parents appelés à l'exercer, conformément au principe *ubi emolumentum, ibi onus*. Mais il est difficile de se prononcer relativement à la tutelle testamentaire et à la tutelle déférée par l'archonte. Un passage de Platon peut toutefois laisser supposer que les fonctions de tuteur testamentaire sont toutes volontaires [1]. On ne saurait, en effet, espérer une bonne gestion de celui qui ne se charge de la tutelle que par contrainte. Il est, en outre, une raison qui nous paraît décisive pour ne pas considérer la tutelle testamentaire comme un *munus publicum*, c'est que le testateur fait ordinairement des cadeaux, quelquefois même assez importants, à ceux qu'il désigne comme tuteurs, et cela manifestement pour les déterminer à accepter la tutelle qu'il leur défère [2].

En supposant donc qu'il s'agisse d'une tutelle légitime, qui est certainement obligatoire, le parent appelé par la loi à l'exercer peut-il se soustraire à cette charge en invoquant certaines excuses comme la maladie, le nombre de ses propres enfants ou le fardeau d'une tutelle antérieure? Ici encore le silence des textes ne permet point de répondre à la question. Nous pouvons toutefois supposer que l'archonte pouvait, en vertu de son droit général de contrôle et de protection, dispenser de la tutelle, dans l'intérêt même du pupille, ceux qui n'auraient pas été en situation de gérer convenablement et facilement son patrimoine. Nous savons

(1) Platon, *Leges*, XI, p. 924 b, dit que le père de famille doit, dans son testament, nommer comme tuteurs des personnes ἑκόντας καὶ ὁμολογοῦντας ἐπιτροπεύσειν.

(2) Cf. en ce sens : Van Assen (cité par Van den Es, p. 165) et Van den Es, *ibid.* — Meier, Schœmann et Lipsius, p. 556 et Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729 ne se prononcent pas à cet égard.

seulement qu'une même personne pouvait être investie simultanément de deux tutelles différentes. C'est ainsi que, d'après Elien, Thémistocle et Aristote auraient eu les mêmes tuteurs et, par suite, auraient été élevés et instruits ensemble [1].

(d) *Du nombre des tuteurs.*

Les pupilles avaient ordinairement à Athènes plusieurs tuteurs. La pluralité des tuteurs va de soi en cas de tutelle légitime, lorsqu'il existe au même degré plusieurs parents également appelés à la tutelle. Mais la pluralité des tuteurs paraît avoir été aussi en usage lorsque la tutelle était déférée soit par testament, soit par le magistrat à défaut de tuteurs testamentaires ou légitimes. Il nous est parvenu de nombreux exemples de tutelles exercées simultanément par plusieurs tuteurs. Le plus célèbre est celui de Démosthène, à qui son père a donné trois tuteurs, dont deux parents, Aphobos et Démophon, et un ami, Thérippide [2]. Cette pluralité des tuteurs permet de diviser la gestion de la tutelle dans l'intérêt même du pupille. Elle offre, d'autre part, un moyen précieux de contrôle et de surveillance réciproques, en

(1) Elien, *Var. hist.*, XIII, 44 : τοὺς αὐτοὺς ἐπιτρόπους ἔσχε Θεμιστοκλῆς καὶ Ἀριστείδης ὁ Λυσιμάχου. L'existence de cette double tutelle est toutefois contestable. Cf. Platner, *Process*, II, p. 280 ; Schulthess, p. 75 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729.

(2) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 4. Peut-être même Démosthène avait-il un quatrième tuteur, honoraire. V. *sapra*, p. 186. Alcibiade et son frère Clinias avaient deux tuteurs, Périclès et son frère Ariphron : Platon, *Alcib.*, I, p. 104 b. V. *supra*, p. 162. Pasiclès, fils de Pasion, avait vraisemblablement deux tuteurs, l'affranchi Phormion et Nicoclès. V. *supra*, p. 191. Le fils de Stratoclès avait également deux tuteurs, Théopompe et un autre tuteur, celui qui est défendeur à l'action : Isée, *De Hagn. her.*, § 38. Timarque avait plusieurs tuteurs, mais nous n'en connaissons pas le nombre : Eschine, *C. Timarch.*, § 103. Il en est de même des fils d'Aristechme : Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, et de Thémistocle et d'Aristide : V. *supra*, note 1. Les testaments de Platon et d'Aristote que nous avons précédemment analysés (*supra*, p. 164 et s.), contiennent également nomination de plusieurs tuteurs.

rendant possible notamment l'exercice d'une action au nom du pupille par l'un des tuteurs contre l'autre.

Le nombre des tuteurs est-il réglé par la loi ? On a soutenu l'affirmative en disant que, s'il n'en avait point été ainsi, l'archonte n'aurait pu savoir, lors de l'épidicasie de la tutelle, combien de tuteurs il lui fallait instituer [1]. Nous estimons plutôt qu'il n'y avait aucune règle posée à cet égard. Le nombre des tuteurs est fixé, d'après les circonstances particulières de la cause, suivant le nombre des pupilles ainsi que l'importance et la nature de leurs biens. Si les pupilles ont un patrimoine considérable et possèdent des biens fonciers situés en des localités différentes, on leur nomme naturellement plusieurs tuteurs. Que si, au contraire, il n'y a qu'un seul pupille et s'il ne possède qu'un mince patrimoine, concentré en un seul endroit, il serait évidemment inutile et désavantageux de scinder l'exercice de la tutelle entre plusieurs personnes. Le testateur a tout pouvoir, à cet égard, pour instituer un ou plusieurs tuteurs suivant l'intérêt du pupille. Platon le dit formellement dans son *Traité des Lois*, où il ne fait vraisemblablement que reproduire une règle du droit positif [2]. Il est probable que l'archonte qui, dans la nomination des tuteurs datifs, doit vraisemblablement agir comme l'aurait fait le père des pupilles, s'il avait testé, s'inspire également des circonstances de la cause et de l'intérêt présumé du mineur pour désigner un plus ou moins grand nombre de tuteurs. Aussi voit-on quelquefois que le pupille n'a même pas deux tuteurs. C'est ainsi que les enfants de Diodotos n'ont qu'un seul tuteur, l'infidèle Diogiton [3]. De même, Dinias a été tuteur unique et, après sa mort, il n'a été remplacé dans la tutelle que par Cléonyme seul [4]. Il n'y a

(1) Van den Es, p. 165.

(2) Platon, *Leges*, XI, p. 924, b, reconnaît au testateur le droit de nommer des tuteurs οὕστινασοῦν καὶ ὁπόσους ἂν ἐθέλῃ.

(3) Cf. Lysias, *C. Diogit.*

(4) Isée, *De Cleon. her.*, §§ 9 et s,

donc aucune règle fixe relativement au nombre des tuteurs [1]. Platon veut, il est vrai, dans son *Traité des Lois* [2], que les tuteurs légitimes soient au nombre de cinq, deux du côté paternel, deux du côté maternel et un ami. Mais c'est là une règle qui ne correspond point certainement à une disposition du droit positif [3]. Elle n'est pas cependant une pure création de la fantaisie du philosophe, et Platon devait, en la posant, avoir en vue le cas du père de Démosthène qui, comme nous l'avons vu, a confié la tutelle de ses enfants à deux parents et à un ami [4].

Les cotuteurs sont nommés quelquefois συνεπίτροποι [5]. Il est, du reste, souvent assez difficile de les distinguer des simples exécuteurs testamentaires, ἐπιμεληταί [6].

§ 3. — *Fonctions du tuteur.*

A. — Généralités.

Dans la législation romaine, le pupille n'est placé ni sous la garde matérielle, ni sous la direction morale du tuteur. Le soin de la garde, de l'entretien et de l'éducation du mineur est confié par le magistrat à la personne, parente ou amie, qui paraît présenter les plus sérieuses garanties d'intelligence et de moralité, et elle reçoit du tuteur les sommes nécessaires à la dépense du pupille. Les pouvoirs et les obligations du tuteur romain ont donc uniquement trait, ou

(1) Ciccotti, p. 111 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 553 ; Westermann, *loc. cit.* ; Schulthess, p. 77, 78 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 730.

(2) XI, 7, p. 924 b.

(3) Ciccotti, p. 111 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 553 ; Schulthess, p. 77 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729.

(4) Schulthess, p. 54, note 1. Cf. Van den Es, p. 152.

(5) Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 14, 16, 49, 51, 57, etc. Au § 23 on rencontre l'expression οἱ ἄλλοι ἐπίτροποι.

(6) V. *infra*, liv. II, tit. VI, chap. I, sect. III, Des Testaments.

peu s'en faut, au patrimoine. Ce système a été également pratiqué dans le droit grec, et on le voit fonctionner à Thurium, où, comme nous l'avons dit [1], Charondas, tout en attribuant la gestion des biens du mineur aux plus proches parents du côté paternel, confiait le soin de son éducation aux plus proches parents du côté maternel. A Athènes, au contraire, de même que dans notre droit civil moderne [2], la tutelle comprend à la fois la garde et l'éducation du mineur ainsi que l'administration de son patrimoine [3].

Le tuteur remplace donc complètement pour le pupille le père que celui-ci a perdu [4]. Il doit, de plus, d'une manière générale, dans l'accomplissement de sa double mission, agir vis-à-vis de son pupille avec la même sollicitude que si celui-ci était son propre enfant. C'est la recommandation que fait en excellents termes Platon, dans son *Traité des Lois* [5], et il ajoute que la conduite du tuteur doit, à cet égard, être inspirée non seulement par la crainte des dieux d'en haut, protecteurs des orphelins, mais encore par celle des âmes des défunts [6].

Les fonctions des tuteurs, dans le droit attique, se divi-

(1) V. *supra*, p. 174.

(2) Cf. art. 108, 450 c. civ.

(3) Cf. Platner, *Process*, II, p. 279 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 556. Cauvet (p. 448), admet, au contraire, la distinction entre la garde de la personne du pupille et les fonctions ordinaires du tuteur. Le plus proche parent, dit-il, en obtenant la tutelle, n'enlevait pas à la mère le droit de veiller par elle-même à l'éducation de ses enfants. Il y a même lieu de penser qu'en la supposant décédée, la garde du mineur était remise par l'archonte à un parent maternel. Mais cette opinion, qui ne repose sur aucune preuve, est contredite par les textes que nous citons ultérieurement concernant les pouvoirs du tuteur relativement à la personne du pupille.

(4) Cf. Platon, *Leges*, p. 924 : οὐ πολὺ διαφέρον ἡ παρ' ἡμῖν ὀρφανία κέκτηται τῆς πατρονομικῆς. V. Mayer, t. 2, p. 544, note 17.

(5) *Leges*, XI, p. 928 a : οὐ ἂν θῆλυν εἴτε ἄρρενα ἐπιτροπεύῃ καὶ ὃς ἂν ἐπιτρόπου φύλαξ τῶν νομοφυλάκων καταστὰς ἐπιμελῆται, μὴ χεῖρον ἀγαπάτω τῶν αὑτοῦ τέκνων τὸν τῆς ὀρφανικῆς μετειληφότα τύχης, μηδὲ τῶν οἰκείων τῶν τοῦ τρεφομένου χεῖρον χρημάτων ἐπιμελείσθω, βέλτιον δὲ ἢ τῶν αὑτοῦ κατὰ προθυμίαν. ἕνα δὲ τοῦτον νόμον ἔχων ὀρφανῶν πέρι πᾶς ἐπιτροπευέτω. Cf. p. 927 c.

(6) *Leges*, XI, p. 927 a.

sent, en conséquence, en deux grandes catégories : celles qui ont trait à la personne même du pupille, et que l'on caractérise par l'expression ἐπιτροπεύειν τοὺς ὀρφανούς, prise dans un sens étroit, et celles qui sont relatives à l'administration de non patrimoine et que l'on désigne par les mots διαχειρίζειν τὴν οὐσίαν [1].

B. — Fonctions du tuteur relativement à la personne du pupille.

(a) *Entretien et éducation du pupille.*

Les fonctions du tuteur relatives à la personne du pupille peuvent elles-mêmes se diviser en deux classes, suivant qu'elles ont trait à l'entretien et à l'éducation du pupille, ou à la représentation de cet incapable pour son tuteur.

Le tuteur doit, comme l'aurait fait le père de famille, veiller à l'entretien et à l'éducation de son pupille, comme le dit Platon, προσέχοντα καὶ εὐλαβούμενον περὶ τροφήν τε καὶ παιδείαν ὀρφανῶν [2]. Il doit, en premier lieu, pourvoir à l'entretien du pupille, obligation que les textes désignent par les expressions τροφή et τρέφειν [3]. Cette obligation comprend la fourniture de toutes les choses nécessaires à la vie, conformément à la situation et aux revenus du mineur, τὰ ἐπιτήδεια [4],

(1) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 6 : οὗτοι τὴν ἄλλην οὐσίαν ἅπασαν διαχειρίσαντες, καὶ δέκα ἔτη ἡμᾶς ἐπιτροπεύσαντες. Cf. Schmeisser, p. 14 ; Schulthess, p. 88.

(2) Platon, *Leges*, XI, p. 927 c.

(3) Ainsi Diogiton convoque ses pupilles en leur disant : ἐγὼ οὖν πολλὰ τῶν ἐμαυτοῦ δεδαπάνηκα εἰς τὴν ὑμετέραν τροφήν : Lysias, *C. Diogit.*, § 9. L'expression τροφαί, au pluriel, est plus rarement employée. Cf. Lexic. Seguer., v° δίκη σίτου ; Schulthess, p. 89. C'est parce que cette obligation du tuteur de pourvoir à la τροφή du mineur est considérée comme la plus importante, que Platon (*Leges*, XI, p. 928 a) a pu dire, en parlant du pupille, τρεφόμενος au lieu d'ὀρφανός.

(4) Diogiton dit de même à l'un de ses pupilles devenu majeur : σὺ οὖν, ἐπειδὴ δεδοκίμασαι καὶ ἀνὴρ γεγένησαι, σκόπει αὐτὸς ἤδη πόθεν ἕξεις τὰ ἐπιτήδεια : Lysias, *loc. cit.*

et elle fait l'objet d'un chapitre spécial dans le compte de tutelle, chapitre, qui, dans le compte des enfants de Démosthène, s'est élevé à soixante-dix mines [1]. On voit, d'autre part, dans le discours de Lysias contre Diogiton, que les dépenses faites de ce chef ont pour objet non seulement la nourriture, mais encore les vêtements, les souliers, et aussi la coiffure du pupille [2]. Enfin, parmi les obligations comprises dans la τροφή, se trouve celle de fournir un logement au mineur. Nous reviendrons ultérieurement sur ce dernier point.

Les dépenses relatives à la τροφή sont essentiellement variables. Aussi certains auteurs ont-ils observé qu'il faut se garder de confondre la τροφή avec le σῖτος, ou intérêt qui doit être servi à la femme veuve ou divorcée à raison de sa dot tant que le capital de celle-ci ne lui est pas restitué [3]. C'est, dit-on, ce que montrent clairement les plaidoyers de Démosthène contre Aphobos [4], où l'on voit que le tuteur de l'orateur impute sur son compte la τροφή qu'il lui a donnée alors qu'il ne paie pas à la mère de Démosthène le σῖτος qu'il lui doit : on en conclut qu'il est inexact d'appliquer aux pupilles l'expression σῖτον διδόναι, expression qui doit être réservée aux femmes veuves ou divorcées et aux filles épiclères, et que les pupilles ne peuvent exercer la δίκη σίτου contre leurs tuteurs lorsque ceux-ci négligent de remplir leurs obligations concernant l'entretien des mineurs : l'εἰσαγγελία κακώσεως suffit dans ce but [5].

Cette interprétation nous paraît toutefois fort contestable.

(1) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 36 : τὴν μὲν τοίνυν τροφὴν ἀπὸ τῶν ἑβδομήκοντα μνῶν καὶ ἑπτὰ λογιστέον τῶν ἀπὸ τοῦ ἐργαστηρίου.

(2) Lysias, *C. Diogit.*, § 20, dit, en parlant de Diogiton : εἰς ὄψον μὲν δυοῖν παιδίοιν καὶ ἀδελφῇ πέντε ὀβολοὺς τῆς ἡμέρας ἐλογίζετο, εἰς ὑποδήματα δὲ καὶ εἰς γναφεῖον καὶ εἰς κουρεῖον οὐκ ἦν αὐτῷ κατὰ μῆνα οὐδὲ κατ' ἐνιαυτὸν γεγραμμένα, συλλήβδην δὲ παντὸς τοῦ χρόνου πλεῖον ἢ τάλαντον ἀργυρίου.

(3) V. *supra*, t. I, p. 328 et s.

(4) I, § 15 et II, § 11.

(5) Schulthess, p. 90; Hafter, p. 80.

Le σῖτος dû à la femme veuve ou divorcée a, sans doute, un objet bien différent de la τροφή due aux pupilles par leurs tuteurs, mais il faut bien reconnaître que le mot σῖτος, dans un sens large, s'applique également à l'entretien du mineur. C'est ce que déclarent formellement les lexicographes. Ainsi, d'après Pollux [1], σῖτος δέ ἐστιν αἱ ὀφειλόμεναι τροφαί. Harpocration dit de même [2] : σῖτος δὲ καλεῖται ἡ διδομένη πρόσοδος εἰς τροφὴν ταῖς γυναιξὶν καὶ τοῖς ὀρφανοῖς. Il n'est point exact, d'ailleurs, de prétendre que l'objet de la δίκη σίτου corresponde invariablement aux intérêts du capital de la dot [3]. L'objet de cette action est également variable, suivant les besoins de la mère, lorsqu'elle est intentée par une épiclère contre le θυγατριδοῦς qui acquiert à sa majorité la succession de l'aïeul maternel [4]. Il n'y a donc pas une différence essentielle entre le σῖτος dû à certaines femmes et la τροφή due aux mineurs. Aussi, *a priori*, peut-on ajouter foi à la règle posée dans le lexique de Séguier [5], qui autorise l'exercice de la δίκη σίτου contre les tuteurs par leurs pupilles : συνίσταται δὲ ἡ δίκη (σίτου) κατὰ τῶν ἐπιτρόπων τῶν οὐ τελούντων σῖτον καὶ τροφὰς τοῖς ὀρφανοῖς καὶ ταῖς τούτων μητράσιν. On pourrait, il est vrai, se défier de cette affirmation du lexicographe, si elle était seule. Mais elle se trouve confirmée par l'Ἀθηναίων πολιτεία d'Aristote qui, au chapitre 56, termine son énumération des attributions de l'archonte éponyme en disant : [καὶ τοὺς ἐπιτρόπους], ἐὰν μὴ διδῶσι τοῖς παισὶ τὸν σῖτον, οὗτος εἰσπράττει. Cela laisse supposer, à notre avis, qu'outre l'εἰσαγγελία κακώσεως, les pupilles avaient à leur disposition la δίκη σίτου pour forcer les tuteurs à remplir l'obligation qui nous occupe [6].

(1) VIII, 33.
(2) V° σῖτος.
(3) V. *supra*, t. I, p. 330.
(4) V. *supra*, t. I, p. 475.
(5) Bekker, *Anecd.*, I, p. 238, 7.
(6) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 525 ; Schmeisser, p. 15.

Le tuteur doit, en second lieu, veiller à l'éducation, παιδεία, de son pupille, c'est-à-dire au développement de ses facultés physiques et intellectuelles [1]. L'éducation varie naturellement suivant la situation sociale et la fortune de l'enfant. Dans les familles riches, le tuteur doit lui donner un pédagogue ou lui faire fréquenter les écoles. C'est ainsi que Périclès et Ariphron, tuteurs d'Alcibiade, lui ont donné comme pédagogue un vieil esclave nommé Zopyre [2]. L'exemple de Thémistocle et d'Aristide qui, pourvus des mêmes tuteurs, avaient également un maître commun [3], prouve également que les tuteurs devaient faire donner de l'instruction à leurs pupilles. Nous citerons enfin le cas d'Astyphile qui, élevé par son beau-père Théophraste, reçut les mêmes enseignements et eut les mêmes maîtres que son frère utérin [4]. Les dépenses faites par le tuteur pour l'éducation du pupille, de même que celles qui sont consacrées à son entretien, forment un article spécial du compte de tutelle [5].

Les frais faits pour l'entretien et l'éducation du mineur doivent, autant que possible, être pris sur les revenus de son patrimoine [5]. Le tuteur pourrait toutefois, sans encourir de responsabilité, les prendre sur le capital en cas de nécessité [6].

(1) A Athènes, comme dans le reste de la Grèce, l'éducation avait principalement pour objet le développement des forces physiques.

(2) Platon, *Alcib.*, I, p. 122 a; Plutarque, *Alcib.*, c. 1 et *Lycurg.*, c. 16. Platon reproche à Périclès d'avoir choisi comme maître d'Alcibiade un vieil esclave qui n'était plus bon à autre chose. Mais c'est là un reproche immérité, car on employait ordinairement à cette occupation les esclaves devenus impropres aux travaux pénibles. Cf. Schulthess, p. 99.

(3) Elien, *Var. hist.*, XIII, 44 : καὶ διὰ ταῦτα καὶ συνετρόφησαν καὶ συνεπαιδεύθησαν κοινῷ διδασκάλῳ.

(4) Isée, *De Astyph. her.*, §§ 27 et 28. V. *supra*, p. 178.

(5) Démosthène, (*In Aphob.*, I, § 46) reproche à son tuteur Aphobos d'avoir poussé la rapacité jusqu'à refuser à ses maîtres les salaires qui leur étaient dus, tout en faisant figurer ces salaires au compte de tutelle.

(6) Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 36 et 60.

(7) Cf. Schulthess, p. 90 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 730.

Le devoir d'éducation qui incombe au tuteur vis-à-vis de son pupille lui confère par là même les pouvoirs nécessaires pour mener à bien cette éducation. Il doit, en conséquence, avoir un droit de correction semblable à celui dont est armé le père de famille, et il peut lui infliger de légers châtiments corporels. Aucun texte de l'époque classique ne consacre, il est vrai, ce droit du tuteur athénien. Mais on peut l'induire avec une quasi-certitude du passage de Dion Chrysostome qui reconnaît le même droit au père de famille plutôt à titre d'éducateur qu'à titre de père [1]. On peut également citer dans le même sens un passage de Quinte-Curce [3] où il est dit : *ut a tutoribus pupilli, a maritis uxores, servis quoque pueros hujus ætatis verberare concedimus* [3]. Il ne saurait, du reste, être question de reconnaître au tuteur le droit que lui reconnaissent certaines législations modernes de consentir au mariage de son pupille, car précisément ce mariage n'est possible qu'après la majorité du pupille, c'est-à-dire à unè époque où les pouvoirs du tuteur ont pris fin.

Le tuteur ne doit point abuser du droit de direction et d'éducation qu'il possède l'égard du pupille, et il ne peut en user que pour le bien de celui-ci, en tenant compte de sa situation sociale. Aussi Isée [4] fait-il un crime à Dicéogène, tuteur de Céphisodote, qui percevait un revenu de quatre-vingts mines des biens de son pupille, de l'avoir néanmoins donné à son frère Harmodius pour l'accompagner à la

(1) Dion Chrysostome, XV, 18, p. 240 M. V. *supra*, p. 36, texte et note 1.

(2) *Hist. Alex.*, VIII, 8,3.

(4) Hermann-Thalheim, p. 15, note 2 ; Schulthess, p. 100. Cf. dans le même sens, Platon, *Protag.*, p. 315 c : ἐκ παίδων σμικρῶν ἀρξάμενοι μέχρι οὗπερ ἂν ζῶσι καὶ διδάσκουσι καὶ νουθετοῦσιν, ἐπειδὰν θᾶττον συνιῇ τις τὰ λεγόμενα καὶ τροφὸς καὶ μήτηρ καὶ παιδαγωγὸς καὶ αὐτὸς ὁ πατήρ. .. καὶ ἐὰν μὲν ἑκὼν πείθηται· εἰ δὲ μή, ὥσπερ ξύλον διαστρεφόμενον καὶ καμπτόμενον εὐθύνουσιν ἀπειλαῖς καὶ πληγαῖς. Cf. Hermann-Blümner, p. 307.

(4) *De Dicæog. her.*, § 11.

guerre de Corinthe en qualité de valet [1]. Le tuteur ne saurait, du reste, sans abuser de ses pouvoirs, favoriser la prostitution de son pupille pour en tirer profit. Il serait passible, en pareil cas, de l'action ἑταιρήσεως [2].

Il nous reste, pour terminer ce qui est relatif à l'étude des fonctions du tuteur relativement à la personne du mineur, à rechercher quel est le domicile de ce dernier et à voir quels sont les droits du tuteur à cet égard ou quels sont, à défaut de disposition de droit positif, les usages suivis sur ce point. Des opinions assez divergentes ont été émises sur cette question. Tandis que, d'après les uns, le mineur n'aurait que par exception son domicile chez son tuteur [3], il semblerait, d'après d'autres [4], que cette exception serait plutôt la règle. Certains auteurs se bornent à dire, sur le fondement des textes que nous allons examiner, que le tuteur est entièrement libre de fixer comme il le juge à propos le domicile du mineur [5]. Schulthess [6] enseigne enfin que le mineur continue ordinairement à demeurer dans la maison paternelle, mais qu'il peut aussi arriver que la mère, si elle se remarie, emmène avec elle ses enfants mineurs dans la maison de son second mari, surtout si celui-ci est en même temps le tuteur des enfants. Que si la veuve vit, au contraire, séparée de ses enfants, le tuteur a le droit absolu de fixer à son gré le domicile du pupille, mais, en fait, il laisse habituellement celui-ci dans la maison paternelle [7]. Cette dernière interprétation nous paraît la plus exacte et elle se dégage assez clairement, à notre avis, des

(1) 'Αντ' ἀκολούθου. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 298 ; Schulthess, p. 100.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 412 ; Schulthess, p. 100.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, 557.

(4) Van den Es, p. 63-67, du moins selon Meier, Schœmann et Lipsius, *loc. cit.*

(5) Frohberger, sur Lysias, XXXII, 8 ; Platner, *Process*, II, p. 280 ; Hermann-Thalheim, p. 15, note 4.

(6) P. 92 et s.

(7) Cf. Ciccotti, p. 115.

plaidoyers ou autres documents qui ont trait à notre question.

Si nous considérons d'abord le cas des enfants de Diodotos, dont parle Lysias dans son plaidoyer contre Diogiton [1], nous y voyons que, pendant la première année de la tutelle, les enfants ont continué à demeurer au Pirée dans la maison paternelle où on leur fournissait tout ce qui était nécessaire à leur entretien [2]. Ils étaient alors séparés de leur tuteur, mais celui-ci les a plus tard pris avec lui dans une maison qu'il possédait à Athènes, et il a même changé une seconde fois leur domicile [3]. Si, dans cette hypothèse, les enfants ne vivent pas avec leur mère, c'est que celle-ci s'était remariée. Il résulte ainsi de ce plaidoyer, d'une part, que les enfants ne demeurent pas nécessairement avec leur mère remariée et, d'autre part, que le tuteur peut transférer à son gré le domicile du pupille d'un lieu dans un autre. Le plaidoyer d'Isée sur l'héritage d'Astyphile montre, au contraire, que les enfants peuvent quelfois demeurer avec leur mère au domicile de son second mari, quand celui-ci est le tuteur de ces enfants [4]. Le plaidoyer du même auteur sur l'héritage d'Apollodore pourrait même laisser croire qu'il n'est pas nécessaire, pour que les enfants restent avec leur mère remariée, que son nouveau mari soit en même temps leur tuteur. Isée nous y apprend, en effet, qu'Apollodore a demeuré dans la maison de son beau-père Archédamos, bien qu'il fût encore sous la tutelle d'Eupolis. Mais cela s'explique par les circonstances de la cause : c'est le délaissement d'Apollodore qui a décidé Archédamos à prendre avec lui le malheureux

(1) Lysias, *C. Diogit.*, § 8.

(2) Le plaidoyer d'Eschine contre Timarque, § 42, laisse également supposer que Timarque a continué de résider, pendant sa minorité, dans la maison paternelle. Cf. Van den Es, p. 64; Schulthess, p. 93.

(3) Lysias, *loc. cit.*, § 14.

(4) Isée, *De Astyph. her.*, §§ 27 et s. V. *supra*, p. 178.

enfant [1]. Il est prodable que si Eupolis avait voulu user de son droit et prendre soin lui-même de l'enfant, il aurait pu s'opposer à ce qu'Apollodore habitât chez son beau-père.

La veuve peut, comme nous l'avons vu [2], abandonner la maison de son mari pour aller se replacer sous l'autorité de son kyrios. En pareil cas, les enfants ne suivent pas leur mère ; il restent dans la maison paternelle ou au domicile que désigne leur tuteur. Ainsi la fille de Polyaratos, qui a eu quatre enfants de son mari Cléomédon, quitte la maison conjugale, en emportant sa dot, pour retourner chez ses frères, Ménexène et Bathylle, qui lui font contracter un second mariage. Il est probable que les enfants de Cléomédon ont conservé leur domicile dans la maison paternelle. En tous cas, il n'ont pas dû demeurer chez Mantias, le second mari de leur mère, car ni Mantithée, ni Bœotos ne font allusion à leur présence dans la maison de Mantias et aux frais qu'elle aurait entraînés [3]. La mère de Démosthène qui, au contraire, est restée dans la maison conjugale après le décès de son mari, y a élevé son fils [4].

Nous signalerons enfin un dernier texte d'où résulte le droit pour le tuteur de fixer comme il l'entend le domicile du pupille : c'est un passage de Platon relatif à la tutelle d'Alcibiade et de son frère Clinias. Nous y voyons que Périclès, leur tuteur, et qui élevait peut-être chez lui les deux frères, à moins que ceux-ci ne fussent restés dans la maison paternelle, craignant que le mauvais exemple d'Alcibiade ne corrompît Clinias, sépara celui-ci de son frère et le fit élever pendant quelque temps dans la maison d'Ariphron, qui exerçait avec lui la tutelle [5].

(1) Isée, *De Apollod. her.*, § 7 : ὁρῶν αὐτὸν πάντων ἀποστερούμενον.

(2) V. *supra*, t. I, p. 313.

(3) Demosthène, *Adv. Bœot.*, II, § 6 et s.

(4) Plutarque, *Vitæ X Or.*, p. 844 a, Dem., c. 4. Cf. Schæfer, *Demosth. u. s. Zeit*, I, p. 249 et 252 ; Van den Es, p. 67.

(5) Platon, *Protag.*, p. 320 *a*. Cf. Van den Es, p. 65 ; Schulthess, p. 94.

(b) *Représentation du pupille.*

Le tuteur représente le pupille dans tous les actes juridiques où celui-ci peut se trouver intéressé et dans les principaux actes religieux du culte domestique. Le mineur est, en effet, dépourvu de toute capacité juridique. C'est ce qui résulte du texte célèbre d'Isée où il est dit : ὁ γὰρ νόμος διαρρήδην κωλύει παιδὶ μὴ ἐξεῖναι συμβάλλειν μηδὲ γυναικὶ πέρα μεδίμνου κριθῶν [1].

On peut toutefois se demander si le mineur est absolument incapable de figurer seul dans un acte juridique ou si, au contraire, son incapacité ne cesse point lorsque la valeur de l'objet du contrat est peu importante. La question est controversée, car le texte précité d'Isée peut être différemment interprété. On enseigne généralement qu'il assimile le mineur à la femme et qu'en conséquence il leur permet à tous deux de contracter du moment que la valeur de l'objet du contrat ne dépasse pas le prix d'un médimne d'orge [2]. Cette interprétation paraît confirmée par un texte d'Harpocration [3] portant : ὅτι παιδὶ καὶ γυναικὶ οὐκ ἐξῆν συμβάλλειν πέρα μεδίμνου κριθῶν, Ἰσαῖος ἐν τῷ περὶ τοῦ Ἀριστάρχου κλήρου φησίν [4].

Nous estimons, au contraire, avec Caillemer [5], qui a le premier soutenu cette opinion, que le mineur est absolument

(1) Isée, *De Aristar. her.*, § 10.

(2) Le prix d'un médimne d'orge (environ un demi hectolitre) a varié suivant les époques. Il était au VIe siècle d'une drachme seulement ; au Ve siècle il s'éleva à deux drachmes, et au IVe siècle il peut être fixé à six drachmes environ. Caillemer, *Revue de législation*, 1873, p. 7. Sur la drachme, v. Daremberg et Saglio, vº *Drachma*.

(3) Vº ὅτι παιδὶ καὶ γυναικί.

(4) V. en ce sens, Meier et Schœmann, *Attische Process.*, 1re éd., p. 571 ; Platner, *Processs*, II, p. 273 ; Schœmann, sur Isée, p. 439. Van den Es, p. 88 ; Hermann, *Privatalth.*, 2e éd., p. 458 ; Büchsenschütz, p. 523 ; Hermann-Thalheim, p. 8, note 3.

(5) *Revue de législation*, 1873, p. 6.

incapable de contracter et que la femme seule peut se prévaloir de la faculté de s'engager pour des sommes minimes. C'est, en effet, en ce sens que le passage précité d'Isée est formellement interprété par Dion Chrysostome dans un de ses discours [1], où il s'exprime ainsi : τοὺς νεωτέρους τοσούτων ἐτῶν νόμος οὐκ ἐᾷ συμβάλλειν ὡς ἀπίστοις οὖσιν, οὐδὲ γυναικὶ παρ' Ἀθηναίοις συναλλάττειν πλὴν ἄχρι μεδίμνου κριθῶν διὰ τὸ τῆς γνώμης ἀσθενές. Loin d'assimiler la femme au mineur, cet orateur, tout en reconnaissant à la femme le droit de contracter jusqu'à concurrence d'un médimne d'orge, dénie expressément au mineur toute capacité de contracter. De même le scholiaste d'Aristophane nous dit, à propos de l'allusion que renferme l'*Assemblée des femmes* à la défense de s'obliger au-delà de la valeur d'un médimne [2], que cette loi s'appliquait aux femmes : νόμος ἦν ταῖς γυναιξὶ μὴ ἐξεῖναι ὑπὲρ μεδιμνόν τι συναλλάσσειν, et il ne parle point des mineurs. On ne saurait, il est vrai, ajouter une foi trop absolue à cette interprétation du scholiaste, car il se propose seulement de relever la différence qui existe, au point de vue de la capacité, entre l'homme et la femme, et il n'avait pas besoin dès lors de parler des mineurs [3]. Elle a cependant une certaine valeur quand on la rapproche du texte même de la loi, tel qu'il est rapporté par Isée et qui, littéralement traduit, proclame, d'une part, l'incapacité absolue du mineur, παιδὶ μὴ ἐξεῖναι συμβάλλειν, tout en admettant la femme à contracter dans la mesure d'un médimne d'orge, μηδὲ γυναικὶ πέρα μεδίμνου κριθῶν. L'interprétation que nous adoptons est d'ailleurs conforme aux motifs sur lesquels repose l'incapacité du mineur et de la femme. Si, en effet, le mineur ne peut contracter, c'est en raison de l'imperfection de sa volonté [4]. Or ce motif est général et s'applique à tout contrat, quelle que soit la valeur

(1) *Or.* LXXIV, p. 638 M, περὶ ἀπιστίας.
(2) V. 1024, p. 321, éd. Didot.
(3) Cf. Hermann-Thalheim, p. 8. note 6.
(4) Ἀτελὲς βουλευτικόν, comme dit Aristote. *Polit.*, I, 5.

de son objet. La femme, au contraire, tout en étant soumise à son kyrios, a un certain pouvoir d'administration ; aussi le législateur lui permet-il les aliénations de peu d'importance qu'il considère comme des actes d'administration, actes interdits au mineur, puisque la gestion de son patrimoine est entre les mains de son tuteur [1].

C'est en raison de l'incapacité générale de συμβάλλειν qui frappe le mineur que celui-ci, comme nous l'avons vu [2], ne peut faire son testament.

Il se peut qu'un mineur, transgressant la prohibition qui le frappe, contracte avec un tiers. En pareil cas, le contrat est-il entaché d'une nullité absolue qui puisse être invoquée à la fois par le tiers et par le mineur, ou seulement d'une nullité relative, dont le mineur seul puisse se prévaloir ? Nous n'avons aucun renseignement à cet égard, mais il nous semble que la nullité est plutôt relative, car elle n'est établie que dans l'intérêt du mineur. Le représentant du mineur, c'est-à-dire son père ou son tuteur, peut donc, si le contrat se trouve avantageux pour le mineur, en poursuivre l'exécution contre le tiers, sans que celui-ci puisse s'y soustraire en arguant de l'incapacité de son cocontractant. Mais nous n'admettons pas pour le tuteur, pas plus que pour le père de famille, l'existence d'une action spéciale contre le tiers qui a contracté avec le mineur contrairement aux prohibitions de la loi [2].

Le mineur, étant ainsi dépourvu de toute capacité, doit être représenté par son tuteur dans les actes juridiques où il se trouve intéressé. Mais cette représentation peut

(1) Cf. en ce sens : Schulthess, p. 101 et s. ; Anthes, p. 18 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 730 ; Lipsius, *in Bursians Jahresber.*, 1873, t. II, p. 1404. C'est également l'opinion adoptée par Lipsius dans son édition de l'*Attische Process* de Meier et Schœmann, p. 563, note 235, mais au texte il paraît adopter l'interprétation contraire. Cf. Schulin, p. 10 et 11 ; Hermann-Thalheim, *loc. cit.*

(2) *Supra*, p. 37.

(3) V. *supra*, p. 101.

elle-même se concevoir de deux manières différentes. Le tuteur peut d'abord figurer seul dans l'acte et y jouer exclusivement le rôle de partie, si, par exemple, il s'agit de vendre ou d'acheter, figurer seul comme vendeur ou comme acheteur; le pupille, bien qu'au fond son intérêt seul soit en jeu et que l'acte soit fait en son nom, disparaît comme effacé derrière le rideau. L'intervention du tuteur peut se concevoir d'une autre manière, si l'on suppose que le pupille puisse entrer lui-même en scène, l'acte juridique étant son œuvre personnelle, et le tuteur se bornant alors à fournir au pupille un concours sans lequel l'acte ne serait pas valable, c'est-à-dire, pour employer l'expression romaine consacrée, se bornant à interposer son *auctoritas*. Le droit attique a-t-il connu ce double mode d'intervention du tuteur? Nous ne le pensons pas et, selon nous, le tuteur athénien n'est qu'un administrateur; il n'agit jamais comme *auctor*. L'incapacité du pupille de figurer dans un acte juridique quelconque, même avec l'*auctoritas* de son tuteur, dérive, à notre avis, des textes précités qui portent : παιδὶ μὴ ἐξεῖναι συμβάλλειν, défense absolue qui paraît s'appliquer au mineur dans tous les cas, qu'il veuille agir seul ou assisté de son tuteur. La distinction romaine entre l'administration et l'*auctoritas* du tuteur présuppose, du reste, l'existence d'une théorie dont on ne retrouve pas la moindre trace dans le droit attique, celle de l'*infantia*, car il ne peut être question d'*auctoritas* que si le pupille a dépassé l'âge de l'*infantia*. L'institution de l'*auctoritas* a, de plus, sa principale raison d'être à Rome dans l'ancien formalisme qui exclut la représentation pour certains actes solennels, comme les *legis actiones*, l'aliénation par voie d'*in jure cessio* ou de mancipation, ou l'acceptilation. Or ce formalisme est entièrement étranger au droit attique.

On pourrait, il est vrai, en considérant certains documents, non point de l'Attique, mais d'autres cités grecques, être tenté de croire que le pupille peut figurer dans un acte juri-

dique avec l'assistance de son tuteur. Ainsi le registre des ventes immobilières de Ténos mentionne plusieurs fois comme acheteurs des mineurs μετὰ κυρίου, ou οὗ κύριος [1], ce qui laisserait supposer que le tuteur [2] s'est borné ici à autoriser son pupille. Une inscription de Smyrne [3] signale également un pupille faisant un paiement δι' ἐπίτροπου pour contribuer à une œuvre publique. Il est facile toutefois, même en supposant que ces documents puissent avoir quelque valeur pour la solution d'une question de droit attique, de répondre à l'objection que l'on pourrait en tirer. Si, dans le registre de Ténos, on emploie la formule ὁ δεῖνα μετὰ κυρίου, c'est parce qu'il s'agit de la transcription d'une vente, d'une mesure de publicité destinée à porter la vente à la connaissance des tiers. Or, il importe à ceux-ci de savoir sur quelle tête s'est réellement opérée la mutation de propriété, et ils ont plus d'intérêt à connaître le nom du mineur, devenu propriétaire, que celui du tuteur qui a effectué l'achat. Telle est la raison pour laquelle le registre mentionne le nom du pupille, mais il n'en résulte nullement que ce soit celui-ci qui ait lui-même passé l'acte avec l'assistance de son tuteur. C'est par une raison semblable que l'on peut expliquer l'inscription de Smyrne : comme l'argent donné pour l'œuvre publique provient du patrimoine du mineur, il est juste de faire figurer dans l'inscription le nom du pupille, qui est, en définitive, le véritable donateur [4].

Abstraction faite des actes de gestion et de disposition relatifs au patrimoine du pupille et que nous examinerons ultérieurement, le tuteur intervient dans un certain nombre d'autres hypothèses pour représenter le mineur. Ainsi d'abord

(1) V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 64, §§ 1, 2 et 4.

(2) L'expression ἐπίτροπος ne se rencontre pas dans le registre de Ténos, de sorte que dans cette île le tuteur des mineurs et celui des femmes étaient désignés par la même expression, celle de κύριος.

(3) *Corp. inscr. græc.*, 3143, I, 24.

(4) Cf. Hitzig, p. 31.

le tuteur intente, au nom de son pupille, toutes les actions civiles ou criminelles et défend à celles qu'on lui intente. Sopater pose, à cet égard, le principe général dans les termes suivants : εἰς τὰς τῶν ὀρφανῶν δίκας οἱ ἐπίτροποι εἰσίτωσαν [1]. Si, par exemple, le mineur est appelé à une succession dont il n'a pas la saisine légale, c'est le tuteur qui doit faire, au nom de son pupille, la demande d'envoi en possession, présenter à l'archonte la λῆξις et accomplir la procédure soit d'épidicasie, soit de diadicasie. S'il s'agit d'une succession dont le mineur a la saisine légale, à savoir de celle de son père, le tuteur peut en prendre immédiatement l'administration, c'est-à-dire accomplir ce que l'on nomme l'ἐμβάτευσις [2], et s'il rencontre une résistance injuste dans l'exercice de son droit, intenter dans l'intérêt de son pupille la δίκη ἐξούλης [3]. L'usurpateur est même passible d'une εἰσαγγελία κακώσεως [4] que le tuteur peut intenter comme tout autre citoyen [5]. Ce n'est point seulement un droit pour

(1) Sopater, *De divis.*, p. 402, éd. Ald. (*Rhet. gr.*, éd. Walz, VIII, p. 268, 13).

(2) Isée, *De Cleon. her.*, § 10. En conséquence, dans le plaidoyer d'Isée sur la succession d'Hagnias, § 27, l'orateur (Théopompe) tient le langage suivant : L'adversaire, dit-il, prétend qu'après la mort de Stratoclès Théopompe s'était engagé, s'il était vainqueur dans son action en pétition d'hérédité, à donner la moitié de l'héritage à son pupille. Mais cette affirmation n'est pas soutenable. Si, en effet, le pupille avait des droits, comme on le prétend, il n'était pas besoin d'exiger pour lui cette promesse, et s'il n'avait pas de droits, pourquoi Théopompe l'aurait-il faite ? Le § 33 du même plaidoyer montre bien que le tuteur peut réclamer une épidicasie pour le pupille : εἰ μὲν γὰρ κατ' ἀγχιστείαν τῶν Ἁγνίου μετεῖναί φησι τῷ παιδὶ τοῦ ἡμικληρίου, λαχέτω πρὸς τὸν ἄρχοντα... ταῦτα γὰρ οἱ νόμοι κελεύουσιν.

(3) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 666, 667 ; Caillemer, *Successions*, p. 155.

(4) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 62. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 604 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 155.

(5) Les plaidoyers des orateurs renferment encore d'autres applications du principe de la représentation en justice du pupille par son tuteur. Ainsi l'on voit, dans le plaidoyer de Démosthène contre Nausimaque et Xénopithe, que ceux-ci intentèrent un procès à leur tuteur, procès qui se termina par une transaction. Quatorze ans après, Nausimaque et Xénopithe intentent une action βλάβης contre les fils, devenus majeurs, d'Aristechme, un de leurs tuteurs. Or, ces fils

le tuteur d'agir en justice au nom de son pupille, c'est encore un devoir. La preuve en est dans le premier plaidoyer de Démosthène contre son tuteur Aphobos, à qui l'orateur reproche de ne pas avoir agi contre un individu qui avait engagé une vingtaine d'esclaves à son père, esclaves qui se sont trouvés perdus pour Démosthène soit par la négligence coupable de ses tuteurs, soit par leur fraude [1]. Au surplus, le tuteur représente son pupille en justice non seulement dans les procès civils où celui-ci est intéressé, mais encore dans les actions criminelles qui peuvent être intentées contre lui [2].

On a pu ainsi comparer l'ἐπίτροπος du pupille au προστάτης du métèque. De même, en effet, comme dit Eschine [3], tant que l'Athénien est mineur, le législateur ne s'adresse pas à lui et ne connaît que ceux sous la puissance desquels il se trouve, notamment son tuteur, de même, s'il s'agit d'un métèque, la cité ne connaît celui-ci que par l'intermédiaire de son prostate et c'est grâce au ministère de ce prostate que le métèque peut comparaître devant les tribunaux [4]. Toutefois, abstraction faite du véritable caractère du pros-

d'Aristechme reprochent à leurs adversaires d'abuser de leur inexpérience et disent qu'ils ont craint de plaider soit contre leur père Aristechme, soit, après la mort de celui-ci, contre leur tuteur Démarète (§ 6). Et au § 11, on voit que Nausimaque et son frère auraient dû agir directement contre ce tuteur : οὐδαμοῦ γὰρ φανήσονται δίκην λαχόντες ζῶντι τῷ Δημαρέτῳ. Cf. Van den Es, p. 171 ; Schulthess, p. 109. Un des plaidoyers perdus de Lysias, πρὸς τοὺς ἐπιτρόπους τῶν Βοῶνος παίδων (fr. 63, Sauppe) était vraisemblablement une défense à l'action intentée par les tuteurs des fils de Bcon contre un tiers inconnu. Cf. Schulthess, p. 109.

(1) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 26 : πρὸς τίνα δίκην ἤττηνται (οἱ ἐπίτροποι) περὶ αὐτῶν.

(2) Ainsi, une action ἱεροσυλίας a été intentée contre un mineur représenté par son père ou par son tuteur : Hypéride, *in* Pollux, IX, 74. On voit de même, dans le discours d'Antiphon κατὰ τῆς μητρυίας et dans sa seconde Tétralogie, un enfant accusé d'homicide involontaire et défendu par son père. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 765.

(3) Eschine, *C. Timarch.*, § 18.

(4) Cf. Thumser, *in Wiener Studien*, t. VII, 1885, p. 52.

tate que nous ne voulons pas rechercher ici, il y a une différence sensible entre le pupille et le métèque au point de vue qui nous occupe. Le métèque, en effet, une fois introduit formellement devant le magistrat par son patron, plaide lui-même sa cause. Le pupille, au contraire, ne procède jamais en justice et c'est toujours son tuteur qui figure au procès [1].

Il se peut que la lésion commise à l'égard d'un mineur donne ouverture non seulement à une action privée, dont l'exercice est réservé au tuteur, mais encore à une action publique qui peut être mise en mouvement par tout citoyen. Telle est, par exemple, la γραφὴ ὕβρεως [2] au sujet de laquelle la loi citée par Démosthène dit : γραφέσθω ὁ βουλόμενος Ἀθηναίων [3]. Mais, bien qu'alors la protection du mineur soit confiée à tous les citoyens, le tuteur n'en a pas moins le devoir de poursuivre un des premiers la répression du délit commis envers son pupille. C'est ce qui résulte d'ailleurs d'une loi citée par Eschine qui, à propos du délit en question s'exprime ainsi : ἄν τις Ἀθηναίων ἐλεύθερον παῖδα ὑβρίσῃ, γραφέσθω ὁ κύριος [4] τοῦ παιδὸς πρὸς τοὺς θεσμοθέτας [5]. Ce que nous venons de dire de l'action ὕβρεως pourrait s'appliquer à toute autre action semblable, notamment à l'action βιαίων [6].

Le droit qui appartient au tuteur d'intenter au nom du pupille toutes actions civiles ou criminelles, entraîne cette conséquence qu'en cas de pluralité de tuteurs, l'un peut exercer contre son cotuteur une action au nom de leur pupille commun. Tel est le cas qui se présente dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage d'Hagnias : Théopompe, un des

(1) Schulthess, p. 108.

(2) Harpocration, v° ἀξιοῖ cite un discours d'Antiphon ayant pour titre ὑπὲρ τῆς εἰς τὸν ἐλεύθερον παῖδα (ὕβρεως). Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 392, note 555.

(3) Démosthène, *In Mid.*, § 47.

(4) L'expression κύριος désigne ici, d'une manière générale, celui qui exerce la puissance sur l'enfant, que ce soit le père ou le tuteur.

(5) Eschine, *C. Timarch.*, § 16.

(6) Cf. Platner, *Process*, II, p. 214 ; Schulthess, p. 101 et 107.

tuteurs du fils de Stratoclès, s'y défend contre une εἰσαγγελία κακώσεως ὀρφανοῦ intentée contre lui par son cotuteur [1]. Ce plaidoyer peut toutefois faire naître sur le droit du pupille d'agir contre son tuteur certains doutes qu'il nous faut éclaircir. L'adversaire de Théopompe affirme que, s'il poursuit ce dernier par une action κακώσεως, c'est parce que la loi défend aux mineurs d'agir en justice contre leurs tuteurs, § 27 : οὐ γὰρ εἶναι τοῖς ὀρφανοῖς κατὰ τῶν ἐπιτρόπων. Et un peu plus loin, au § 34, on voit qu'il a affirmé que le pupille ne peut avoir contre son tuteur ni une δίκη κατά τινος ni une δίκη πρός τινα [2]. Mais cela ne suffit point, à notre avis, pour dénier au mineur le droit d'intenter contre son tuteur une action privée [3], ni même pour considérer ce droit comme douteux [4]. On ne saurait, sans doute, ajouter une foi absolue à l'argumentation de Théopompe [5]. Il n'y a cependant aucune raison sérieuse pour considérer comme un pur artifice oratoire sa réponse à ses adversaires, lorsqu'il se déclare prêt à leur abandonner la moitié de l'héritage s'ils peuvent citer un texte de loi qui défende au pupille d'intenter une action privée contre son tuteur [6] (bien entendu par l'intermédiaire d'un des cotuteurs). Il ajoute qu'il n'existe aucun texte semblable, et que la loi a permis non seulement les actions publiques contre le tuteur, mais encore les procès privés entre lui et son pupille [7]. L'allégation des adver-

(1) Il est certain que cette action est intentée au nom du pupille, car au § 13 l'orateur reproche a ses adversaires d'abuser du nom du mineur : ἐπὶ δὲ τῷ τοῦ παιδὸς ὀνόματι πράγματ' ἐμοὶ παρέχειν.

(2) V. sur cette distinction, Heffter, p. 125, note 5 et p. 126.

(3) Platner, *Process*, II, p. 287.

(4) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 565.

(5) Cf. Caillemer, *in Revue de législation*, 1876, p. 656.

(6) § 28 : οὔτε γὰρ ἂν νόμον δείξειεν ὃς κωλύει τοῦτον ὑπὲρ τοῦ παιδὸς δίκην παρ' ἐμοῦ λαμβάνειν. § 34 : εἰ δὲ μήτε πρὸς ἐμὲ μήτε κατ' ἐμοῦ δίκην εἶναι φησι τῷ παιδί, τὸν κωλύοντα νόμον εἰπάτω, κἂν ἔχῃ δεῖξαι, λαβέτω καὶ οὕτω τὸ μέρος τῶν χρημάτων.

(7) § 28 : οὐ γὰρ ἔστιν ἐναντιούμενος οὐδὲ ς, ἀλλ' ὥσπερ καὶ γραφὰς κατ' ἐμοῦ δέδωκεν, οὕτω καὶ δίκας ἐμοὶ εἶναι καὶ τῷ παιδί πεποίηκεν.

saires de Théopompe est très suspecte. Ils sentent, en effet, qu'il leur faut se justifier de ne pas avoir réclamé l'héritage contre Philomaché en même temps que contre Théopompe, et c'est pour cela qu'ils invoquent la prétendue loi qui interdirait au pupille d'intenter une action privée contre son tuteur. Mais, *a priori*, cela est inadmissible ; si la loi autorise une action publique, à plus forte raison doit-elle permettre une action privée. On voit clairement apparaître le but des adversaires, qui est de trouver un prétexte pour intenter une action qui leur permette d'écarter sans frais Théopompe de la tutelle et de prendre à l'aise les biens de l'enfant [1]. La seule chose qui soit vraie dans l'argumentation des adversaires, c'est que le mineur ne peut, en raison de son incapacité générale de συμβάλλειν, agir personnellement contre son tuteur ; mais, à notre avis, rien ne s'oppose à ce que l'action qui le concerne soit intentée par l'intermédiaire d'un des cotuteurs [2]. Il n'est point nécessaire, d'autre part, du moment que le pupille est généralement pourvu de plusieurs tuteurs, d'instituer un tuteur *ad hoc* pour le représenter dans les procès qu'il pourrait avoir contre l'un de ses tuteurs ordinaires [3].

Il est assez difficile de savoir quelle est précisément la forme extérieure de la représentation du pupille par son tuteur devant les tribunaux. L'action est intentée par le tuteur, mais au nom de l'enfant. C'est ce qui explique le langage, en apparence incorrect, de certains orateurs qui paraissent présenter le mineur comme agissant lui-même. C'est ainsi qu'Isée, dans son plaidoyer pour l'héritage de Nicostrate, en parlant d'un enfant que Chariadès prétendait avoir été adopté par Nicostrate, dit au § 7 : ἡ τοῦ παιδίου ἀμφισβήτησις. Pareillement, dans le plaidoyer du même orateur pour

(1) Cf. Moy, *Etude sur les plaidoyers d'Isée*, p. 268.

(2) Schœmann, sur Isée p. 469 ; Schulthess, p. 111-113 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 748-749.

(3) V. *supra*, p. 186.

l'héritage de Dicéogène, on voit les fils mineurs de Polyaratos, qui plaident contre Dicéogène, s'exprimer ainsi au § 9 : καὶ ἡμεῖς καταψευδομαρτυρηθέντες ἀπωλέσαμεν τὰ ὄντα... Δικαιογένης δὲ πρὸς ἡμᾶς ὡς ἐβούλετο ἀγωνισάμενος. Il faut dire néanmoins que, dans l'un comme dans l'autre cas, les enfants mineurs n'ont pu, en raison de leur incapacité, introduire eux-mêmes l'action. Démosthène dit de même, dans son plaidoyer contre Macartatos, au § 15, en parlant d'un mineur : ὁ παῖς οὗτος προσεκαλέσατο Μακάρτατον... καὶ ἔλαχε πρὸς τὸν ἄρχοντα. Cette manière de parler s'explique par le motif que l'action est intentée au nom du mineur et que celui-ci, étant le *dominus litis*, l'orateur a pu quelquefois, pour abréger, faire abstraction, du représentant *ad litem* et parler directement du mineur [1] sur la tête de qui se réalisent activement et passivement les effets de l'instance [2]. Mais c'est bien le tuteur lui-même qui introduit l'instance, et procède soit à la πρόσκλησις ou ajournement, soit à la λῆξις τῆς δίκης ou présentation de la demande au magistrat. Il doit seulement faire connaître dans cette procédure la qualité en laquelle il agit, c'est-à-dire indiquer le nom du mineur qu'il représente et qui est le véritable demandeur dans l'affaire. C'est ce qui résulte notamment de ce passage précité d'Isée [3] où Théopompe reproche à ses adversaires d'avoir abusé du nom du pupille pour lui intenter une action [4].

Il est même probable que, pour mieux marquer la qualité en laquelle il agit, le tuteur se présente ordinairement devant

(1) De même, dans son plaidoyer pour l'héritage de Pyrrhus, § 3, Isée dit, en parlant d'une femme qui ne peut non plus ester en justice que par l'intermédiaire de son kyrios : ἀμφισβητούσης δὲ τῆς μητρὸς τῆς ἡμετέρας.... τῆς εἰληχυίας τοῦ κλήρου γυναικὸς κτλ.

(2) Schœmann, sur Isée, p. 230 ; Meier, Schœmann et Lipsius p. 747 et 752, note 17 ; Schulthess, p. 114, note 4.

(3) V. *supra*, p. 216, note 1.

(4) Schulthess, p. 115, note ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 729. — Cf. Démosthène, *Adv. Macart.*, § 15 : καὶ ἔλαχε πρὸς τὸν ἄρχοντα, κύριον ἐπιγραψάμενος τὸν ἀδελφὸν τὸν ἑαυτοῦ.

le magistrat accompagné du pupille pour lequel il introduit une action. Ainsi, voyons-nous, dans un plaidoyer d'Isée, un nommé Aminiadès venir devant l'archonte avec un enfant de moins de trois ans pour y revendiquer, en qualité de tuteur testamentaire de cet enfant, l'héritage de Nicostrate [1]. Mais cette comparution de l'enfant, si elle est conforme aux usages, ne nous paraît point une condition de la recevabilité de la demande introduite par le tuteur.

Le pupille peut, en outre, assister à l'instruction, ἀνάκρισις, et il peut être interrogé par le magistrat pour fournir les renseignements que celui-ci croit nécessaires à la découverte de la vérité. Ainsi dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Philoctémon, les pupilles d'Androclès, au nom de qui celui-ci réclame l'héritage litigieux, sont interrogés par l'adversaire sur le nom de leur mère et sur sa famille, et l'archonte leur ordonne de répondre [2].

La tutelle, par les droits qu'elle confère au tuteur relativement à la personne du pupille ainsi que par les obligations qu'elle lui impose à cet égard, offre donc une grande analogie avec la puissance paternelle. Une dernière ressemblance entre les deux institutions, c'est que le tuteur doit, comme le père de famille, donner son consentement à l'adoption de son pupille [3]. C'est, du reste, le tuteur qui est chargé, si l'adoptant n'est plus en vie et ne peut le faire lui-même, de faire inscrire l'adopté sur le registre de la phratrie et du dème de son père adoptif. S'il s'agit d'une adoption entre-vifs, l'adoptant prend ordinairement l'adopté dans sa maison même avant l'accomplissement de ces formalités [4], et l'on

(1) Isée, *De Nicostr. her.*, § 8 : Ἀμινιάδης δὲ υἱὸν αὐτῷ πρὸς τὸν ἄρχοντα ἧκεν ἄγων οὐδὲ τριετῆ γεγονότα. Cf. Schulthess, p. 114, note 1.

(2) Isée, *De Philoct. her.*, § 12 : τοῦ ἄρχοντος κελεύοντος ἀποκρίνασθαι κατὰ τὸν νόμον. — Cf. Schulthess, p. 115-116. L'assistance du pupille aux débats est encore attestée par cet autre passage du même plaidoyer, § 10 : ἐπειδὴ δὲ προδιεμεμαρτύρηκεν ὡς υἱὸν εἶναι γνήσιον τοῦτον.

(3) V. *supra*, p. 50.

(4) Cf. Isée, *De Apollod. her.*, § 15.

doit admettre que les pouvoirs du tuteur prennent fin dès ce moment [1]. C'est également le tuteur qui, comme nous le verrons, doit avoir le soin de faire inscrire le mineur sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, quand son pupille a atteint l'âge de la majorité.

Le tuteur représente le pupille non seulement au point de vue civil, mais encore au point de vue religieux. Il importe que le culte domestique ne soit pas interrompu par le décès du père de famille et que le repos des mânes de celui-ci soit assuré par l'accomplissement des cérémonies funèbres annuelles. Le mineur étant considéré comme incapable d'y procéder lui-même, c'est au tuteur qu'incombe, jusqu'à la majorité de son pupille, l'obligation de les accomplir, τὰ νομιζόμενα ποιεῖν. La perspective de voir ce soin confié à un tuteur qui lui serait antipathique n'est même quelquefois pas étrangère aux dispositions prises par le testateur [2]. A l'obligation d'accomplir τὰ νομιζόμενα se rattache celle d'élever un monument funèbre à celui dont on recueille la succession. Le tuteur doit, en conséquence, élever un monument de ce genre au père de son pupille [3].

(1) Schulthess, p. 106.

(2) C'est ainsi que Cléonyme déshérite les fils de sa sœur parce qu'il ne veut pas que, s'il vient à mourir avant la majorité de ces enfants, Dinias, son beau-frère contre qui il était irrité, eût le droit d'administrer ses biens et de faire les cérémonies funèbres à son tombeau. Isée, *De Cleonym. her.*, § 10. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 182 et 222 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 601 ; Hermann-Blumner, p. 372 ; Schulthess, p. 105.

(3) Ainsi dans le discours de Lysias contre Diogiton (§ 21), l'orateur prétend que Diogiton, son tuteur, après avoir élevé un monument qui avait coûté 25 mines à peine, a porté, dans son compte de tutelle, une dépense de 50 mines de ce chef, mais que, pour paraître généreux envers son pupille, il ne lui a réclamé que 25 mines, en simulant de payer le reste de la dépense avec ses propres deniers. Cf. Schulthess, p. 106 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 730.

C. Fonctions du tuteur relativement aux biens du pupille.

(a). *Notions générales.* — Le tuteur a sur les biens de son pupille des pouvoirs très étendus ; il est le maître des biens de même qu'il est le maître de la personne, et la même expression, κύριος, est employée par les textes pour qualifier le tuteur à l'un et à l'autre point de vue [1]. Ce n'est pas à dire pourtant que les pouvoirs du tuteur soient sans limites ; ils sont, au contraire, assez nettement délimités, soit par le testament du père de famille, soit par le législateur lui-même.

Abstraction faite des dispositions légales qui peuvent restreindre les pouvoirs du tuteur et que nous exposerons ultérieurement, ces pouvoirs peuvent d'abord être limités par le testament du père du pupille et le tuteur doit, avant tout, se conformer aux injonctions du testateur, ἐπιτροπεῦσαι κατὰ τὴν διαθήκην [2]. Celui-ci peut notamment interdire au tuteur d'administrer lui-même directement le patrimoine du pupille et lui enjoindre de le louer en bloc, par la μίσθωσις οἴκου. Il peut, en effet, avoir des raisons de se défier du tuteur et redouter une dilapidation des biens du pupille qui sera beaucoup plus facile dans le cas d'administration directe par le tuteur que dans celui de location en bloc. C'est ainsi que, suivant Démosthène, le père de l'orateur avait expressément ordonné dans son testament la location des biens de ses enfants [3]. Mais les tuteurs de Démosthène n'avaient pas voulu affermer les biens de leurs pupilles, préférant les administrer eux-mêmes et en percevoir directement les fruits afin d'en

(1) Isée, *De Cleonym. her.*, § 10 : τῆς οὐσίας ἡμετέρας κύριος. Démosthène, *Pro Phorm.*, § 22 : τῶν ὄντων κύριος ἦν ἐπίτροπος καταλελειμμένος.

(2) Démosthène, *C. Steph.*, I, § 37 ; *In Aphob.*, I, § 40 ; II, § 5.

(3) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 40 : ἐν ἐκείναις (ταῖς διαθήκαις) ἐνεγέγραπτο τὸν οἶκον ὅπως μισθώσοιεν. *In Aphob.*, II, § 15 : καὶ ἐπισκήπτων μισθῶσαί τε τὸν οἶκον.

tirer un plus grand profit [1]. Le testateur peut, à l'inverse, s'il a une grande confiance dans l'habileté et dans la probité du tuteur, interdire la location des biens du pupille, ce qui force le tuteur à administrer lui-même : une semblable interdiction est parfaitement légale [2].

Si le tuteur est ainsi obligé, en principe, de se conformer aux volontés manifestées par le testateur, il a toutefois la faculté de s'en écarter en cas de force majeure, par exemple pour éviter une dilapidation des biens du pupille. Ainsi, aux termes du testament de Pasion, sa fortune devait rester indivise, et Apollodore, son fils déjà majeur, pouvait y puiser, sauf aux tuteurs de Pasiclès, autre fils mineur du défunt, à prélever une somme égale pour leur pupille. Mais comme Apollodore s'était saisi des biens communs et se mettait en devoir d'en vendre la plus grande partie pour subvenir à ses dépenses, les tuteurs, pensant qu'il ne leur resterait bientôt plus rien pour leur pupille, se décidèrent à partager immédiatement les biens, malgré les termes du testament [3]. De même, en supposant que le testateur ait prescrit la location de ses biens, le tuteur pourrait néanmoins les administrer lui-même, si le pupille y avait un intérêt manifeste ; mais le tuteur devrait alors en obtenir l'autorisation de l'archonte [4]. Le tuteur possède d'ailleurs un dernier moyen, fort illégal sans doute, mais dont nous avons des exemples, pour se soustraire à l'exécution des volontés du défunt, c'est d'anéantir,

(1) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 59 ; *C. Onetor.*, I, § 6.

(2) Ainsi, dans son second plaidoyer contre Aphobos, § 7, Démosthène ne songe point à qualifier d'illégale l'allégation de ses adversaires d'après laquelle son père aurait défendu aux tuteurs de louer les biens de leurs pupilles ; il se borne à contester, en fait, l'existence de cette prohibition en disant que ses adversaires ne produisent point le testament où elle serait écrite. Cf. Van den Es, p. 179 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 558 ; Schneisser, p. 6 ; Hermann-Thalheim, p. 15 ; Schulthess, p. 168 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 730 ; Caillemer, *Contrat de louage*, p. 20, 21.

(3) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 1.

(4) Cf. Guiraud, p. 320.

comme l'a fait Aphobos, l'écrit où elles sont consignées et de supprimer les témoignages qui auraient pu y suppléer [1].

En l'absence de toute disposition testamentaire relative à la gestion des biens pupillaires, le tuteur a toute liberté pour choisir le mode de gestion qui lui paraît soit le plus avantageux pour le pupille, soit même le plus commode pour lui-même. C'est ce qui résulte formellement d'un texte de Lysias où l'orateur dit, en parlant du tuteur Diogiton : καίτοι εἰ ἠβούλετο δίκαιος εἶναι περὶ τοὺς παῖδας ἐξῆν αὐτῷ κατὰ τοὺς νόμους οἳ κεῖνται περὶ των ὀρφανῶν καὶ τοῖς ἀδυνάτοις τῶν ἐπιτρόπων καὶ τοῖς δυναμένοις, μισθῶσαι τὸν οἶκον ἀπηλλαγμένον πολλῶν πραγμάτων [2]. La même conclusion se dégage d'un texte de Démosthène, où en parlant de son tuteur Aphobos, l'orateur s'exprime ainsi : τούτῳ γὰρ ἐξῆν μηδὲν ἔχειν τούτων τῶν πραγμάτων μισθώσαντι τὸν οἶκον κατὰ τουτουσὶ τοὺς νόμους· λαβὲ τοὺς νόμους καὶ ἀνάγνωθι [3]. Nous ne possédons point les lois auxquelles font allusion Lysias et Démosthène, mais il est évident par les passages précités que c'est une simple faculté pour le tuteur de louer les biens de son pupille et qu'il peut les administrer lui-même.

Deux passages du troisième discours de Démosthène contre Aphobos pourraient, il est vrai, laisser croire que la location des biens du pupille est obligatoire pour le tuteur, même en l'absence de toute disposition testamentaire [4], de sorte que le tuteur ne pourrait gérer personnellement le patrimoine du mineur que s'il y était autorisé par le testament. Ces passages sont ainsi conçus : § 19 : πολλὰ τῶν ἐμῶν ἐξηλέγχθη λαβὼν καὶ τὸν οἶκον οὐκ ἐμίσθωσε τῶν νόμων κελευόντων καὶ τοῦ πατρὸς ἐν τῇ διαθήκῃ γράψαντος. § 57 : τὴν διαθήκην οὐκ

(1) Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 41-43.

(2) Lysias, *C. Diogit.*, § 15.

(3) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 58.

(4) Cf. Petit, *Leg. att.*, p. 593 ; Schmeisser, p. 18 ; Bœckh, I, 2e éd., p. 200.

ἀποδόντα, οὐδὲ τὸν οἶκον μισθώσαντα τῶν νόμων κελευόντων. On est d'accord néanmoins pour dire que les inductions que l'on a voulu tirer de ces textes ne sauraient prévaloir contre les passages antérieurement cités qui considèrent formellement la location comme une simple faculté pour le tuteur. D'une part, en effet, l'authenticité du troisième discours contre Aphobos est fort douteuse. D'autre part, il serait très facile de concilier le texte du § 29 avec l'opinion que nous admettons en supprimant le mot καὶ qui se trouve devant τοῦ πατρὸς, ce qui permettrait de traduire ainsi le texte : « Il n'a pas loué notre patrimoine, alors cependant que les lois le lui ordonnaient, notre père ayant imposé cette location dans son testament ». Quant au § 57, il ne spécifie pas les cas où la loi ordonne la location, et l'on peut très bien admettre que ce texte se réfère au cas d'un testament. Si du reste la loi imposait au tuteur dans tous les cas la location des biens du pupille, on ne comprendrait guère le soin que le père de Démosthène a mis dans son testament à exiger cette location des tuteurs qu'il donnait à son fils [1]; c'était là évidemment une disposition inutile [2].

Si le tuteur est, à notre avis, entièrement libre de choisir le mode de gestion, il faut reconnaître que le plus souvent, pour se débarrasser des soucis d'une gestion plus ou moins onéreuse, il use de la faculté que la loi lui accorde et afferme en bloc le patrimoine du pupille. Dans tous les cas, il

(1) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 40 et II, § 15.

(2) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 362 ; Van den Es, p. 179 ; Caillemer, *loc. cit.* ; Ciccotti, p. 116, Büchsenschütz, p. 89; Hermann-Thalheim, p. 15 et 91 ; Schulthess, p. 169 et s. ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 730. Platner, *Process*, II, p. 278 et s. enseigne que la location des biens du pupille était prescrite par la loi, mais non point d'une manière absolue. Le passage précité de Lysias prouve, selon lui, que dans certaines circonstances la gestion personnelle du tuteur pouvait être plus avantageuse pour le pupille. Le tuteur devait alors informer l'archonte de ces circonstances et se faire autoriser par lui à administrer personnellement le patrimoine du mineur.

n'y a point à distinguer, au point de vue de l'option que nous leur reconnaissons, entre les tuteurs qui ne peuvent point administrer par eux-mêmes et ceux qui peuvent aisément se consacrer à cette gestion : la faculté d'affermer les biens du pupille existe pour tous indifféremment, καὶ τοῖς ἀδυνάτοις τῶν ἐπιτρόπων καὶ τοῖς δυναμένοις. Si l'on doit faire une distinction entre les ἀδύνατοι et les δυνάμενοι, c'est seulement pour dire que pour ceux-là la location est, en fait, une nécessité, tandis que pour ceux-ci elle est toujours une faculté [1].

Lorsque le tuteur opte pour la gestion directe des biens du pupille, on lui applique les expressions διαχειρίζειν τὴν οὐσίαν [2] ou, plus ordinairement, l'expression διοικεῖν [3]. En pareil cas, ainsi que nous l'avons précédemment observé [4], l'administration proprement dite est seule reconnue dans le droit attique, et le tuteur athénien n'a point à interposer son *auctoritas*, comme le faisait le tuteur romain. L'administration du tuteur à Athènes diffère d'ailleurs à un autre point de vue de celle du tuteur à Rome. Conformément au principe général de la non-représentation par autrui dans les actes juridiques, le pupille romain demeure absolument étranger aux actes de gestion passés par son tuteur ; c'est en la personne de ce dernier seul que se produisent toutes les conséquences juridiques des actes accomplis par lui comme administrateur, et c'est lui qui devient propriétaire, créancier ou débiteur, et non point son pupille. A Athènes, au contraire, où le principe de la non-représentation ne paraît pas avoir été admis, c'est en la personne

(1) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 21 ; Schulthess, p. 173 ; Hermann-Thalheim, p. 91, note 4.

(2) Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 6 et 15.

(3) Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, § 8 : μηδ' ὡς οὐ καλῶς διῳκημένων εἰς δίκην ἦλθεν. Cf. Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 5 et 48 ; Eschine, *C. Timarch.*, § 170.

(4) V. *supra*, p. 210 et s.

du pupille que se réalisent toutes les conséquences juridiques des actes de gestion dans lesquels le tuteur a seul figuré, mais au nom du pupille. Ainsi, par exemple, le mineur devient directement propriétaire des immeubles achetés en son nom par le tuteur, et c'est le nom du pupille qui est inscrit comme acheteur sur les registres des ventes immobilières [1].

(b) *Administration personnelle du tuteur* [2]. — Le tuteur, quoique n'étant qu'un administrateur, a sur le patrimoine du pupille des droits presque aussi étendus que ceux d'un propriétaire, κύριος τῆς οὐσίας [3], avec cette restriction qu'il ne peut en user que dans l'intérêt du pupille [4]. On peut résumer ses droits et ses obligations en disant qu'il doit administrer en bon père de famille, c'est-à-dire avant tout conserver intact le patrimoine du pupille [5] et, si c'est possible, chercher à l'accroître. Il pouvait, sans doute, y avoir des tuteurs capables de remplir consciencieusement

(1) V. registre de Ténos, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 64, §§ 1, 2, 4. *Supra*, p. 212.

(2) Les textes relatent plusieurs cas de gestion directe par le tuteur. Tel est d'abord le cas de Diogiton (Lysias, *C. Diogit.*) dont nous avons si souvent l'occasion de parler. Théophraste a également géré lui-même les biens de son beau-fils Astyphile (Isée, *De Astyph. her.*, §§ 27, 28). Un autre cas est celui d'Aristechme, dont il est question dans le plaidoyer de Démosthène contre Nausimaque et Xénopithe, car ce plaidoyer ne peut se comprendre qu'en supposant une gestion personnelle d'Aristechme (Cf. Schulthess, p. 127). Nous citerons enfin le cas des tuteurs de Démosthène qui toutefois, d'après l'orateur, auraient dû, pour se conformer aux dispositions du testament, procéder à la location des biens de leurs pupilles. En dehors d'Athènes, une inscription d'Ephèse (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 36, § 14, l. 53-55) suppose que les tuteurs peuvent gérer personnellement les biens de leurs pupilles. Cf. Schulthess, p. 127 ; Hermann-Thalheim, p. 162.

(3) V. *supra*, p. 221.

(4) On peut appliquer ici la règle posée par la loi 27, D. *De adm. et peric. tutor.* (XXVI, 1) : « Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet. »

(5) Cf. Démosthène, *In Aphob.*, I, § 59 : δειξάτω μὴ διπλάσια μηδὲ τριπλάσια μοι γεγενημένα, ἀλλ' αὐτὰ τἀρχαῖα μοι πάντ' ἀποδομένα.

ces devoirs, et Isée nous cite l'exemple de Théophraste qui réussit à doubler la valeur des terres de son pupille Astyphile [1]. Mais le plus souvent les tuteurs étaient loin d'être aussi scrupuleux, même lorsque le père de famille les avait largement rémunérés de leurs peines. Non seulement ils négligeaient de tirer un parti avantageux de la fortune du mineur, mais parfois ils la dilapidaient et s'enrichissaient impudemment aux dépens de leur pupille. Un des exemples les plus célèbres est celui de Démosthène à qui il aurait dû revenir, sur l'héritage de son père, déduction faite des legs, une somme de 10 talents 40 mines et qui, à sa majorité, ne reçut de ses tuteurs que 70 mines, c'est-à-dire une somme environ dix fois moindre [2].

La loi avait pris un certain nombre de précautions contre la négligence ou l'infidélité du tuteur. La première obligation du tuteur est de rendre productif tout le patrimoine du pupille et tout capital, mobilier ou immobilier, qui ne rapporte rien, doit, autant que possible, être rendu productif d'intérêts ou de revenus [3].

On s'est demandé, à cet égard, si le tuteur n'est pas tenu de réaliser tous les biens mobiliers du mineur pour les convertir en immeubles. Les plaidoyers des orateurs renferment plusieurs exemples d'une semblable conversion. Ainsi d'abord dans le plaidoyer de Démosthène contre Nausimaque et Xénopithe, l'orateur nous apprend que Xénopithe et Nausicrate ont laissé pour toute fortune des créances et qu'ils ne possédaient que très peu de biens apparents. Les tuteurs firent alors rentrer les créances, vendirent quelques meubles et aussi des esclaves, et achetèrent avec cet argent des terres et des fermes qu'ils remirent aux adversaires [4]. De même

(1) Isée, *De Astyph., her.*, § 28.
(2) Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 5 et 65. Cf. Guiraud, p. 317.
(3) Schulthess, p. 120. Cf. Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 7 et 61.
(4) Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, § 7 : καὶ τὰ χωρία καὶ τὰς συνοικίας

Lysias, dans son plaidoyer contre Diogiton, dit que si ce dernier avait voulu s'éviter les soucis de la tutelle, il aurait pu acheter des immeubles et, avec leurs revenus, pourvoir à l'entretien de ses pupilles [1]. Or les avis sont partagés relativement à l'opération dont parlent ces textes. D'après certains auteurs, le tuteur est entièrement libre d'y procéder ou de conserver les capitaux mobiliers du pupille [2]. Dans une autre opinion, on dit que l'usage, sinon la loi, impose au tuteur l'obligation de réaliser la fortune mobilière du pupille pour la placer en immeubles [3]. Enfin, d'après une dernière interprétation, que nous croyons la plus exacte, ce placement en immeubles est légalement obligatoire pour le tuteur. L'existence d'une loi sur ce point est, en effet, indiquée par le texte précité de Lysias. Elle est confirmée d'une manière très nette par un fragment du même orateur que nous a conservé Suidas, v° ἔγγειον [4], et qui est ainsi conçu : ἔγγειον · τινὲς ἐπὶ τοῦ ἐγγυτέρω οὐχ οὕτως δὲ οἱ ῥήτορες ἔτασσον. ἀλλ' ὅταν τὸ ἐν γῇ θέλωσι δηλῶσαι. καὶ Λυσίας· τοῦ νόμου κελεύοντος τοὺς ἐπιτρόπους τοῖς ὀρφανοῖς ἔγγειον τὴν οὐσίαν καθιστάναι, οὗτος δὲ ναυτικοὺς ἡμᾶς ἀποφαίνει [5]. Ce texte, à notre avis, n'indique point simplement l'obligation de faire fructifier les capitaux du pu-

ἐπρίαντο οἱ ἐπίτροποι, ἃ παρέλαβον οὗτοι. Le placement en συνοικίαι devait être avantageux en raison de l'incapacité où se trouvaient de nombreux métèques de posséder des immeubles à Athènes. Cf. Schulthess, p. 120, note 1.

(1) Lysias, *C. Diogit.*, § 23 : ἐξῆν αὐτῷ κατὰ τοὺς νόμους... ἢ γῆν πριάμενον ἐκ τῶν προσιόντων τοὺς παῖδας τρέφειν. Büchsenschütz, p. 89, interprète ce texte en ce sens que le tuteur aurait pu acheter, avec l'argent comptant, des immeubles qu'il aurait ensuite affermés. Mais, à notre avis, il s'agit ici plutôt de l'administration personnelle du tuteur que de la μίσθωσις οἴκου. Cf. Schulthess, p. 121, note 1. Démosthène (*C. Aphob.*, I, § 60) élève d'ailleurs un reproche semblable contre ses tuteurs : ἐῶντας ὥσπερ εἶχε κατὰ χώραν, ἡμᾶς τε τρέφειν καὶ κτλ.

(2) Van den Es, p. 121 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 559 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 730, texte et note 59. Cf. Hermann-Thalheim, p. 15, note 7.

(3) Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 106, note 4.

(4) Sauppe, fr. 265 ; Didot, fr. 260.

(5) Ce texte reproduit vraisemblablement les termes mêmes de la loi. Schulthess, p. 122, note 1.

pille ; il prescrit, en outre, la seule manière de les faire fructifier, c'est-à-dire au moyen de placements immobiliers [1].

Au surplus, on n'est pas d'accord sur le motif pour lequel le législateur aurait ordonné de semblables placements. On a prétendu que les créances étaient considérées à Athènes comme des capitaux improductifs, quoiqu'elles portassent intérêt [2], d'où l'on pourrait être tenté de conclure que l'obligation imposée par la loi au tuteur de réaliser les créances, avait pour but de rendre tout le patrimoine productif. Cette manière de voir serait cependant, à notre avis, tout à fait inexacte. Si l'on se reporte, en effet, au premier plaidoyer de Démosthène contre Aphobos, on y voit l'orateur, énumérant les différents capitaux productifs que son père lui a laissés [3], ranger dans cette catégorie non seulement des ateliers industriels en pleine activité, mais encore l'argent prêté à intérêt. Quant aux capitaux improductifs, ils comprennent, dans l'héritage de Démosthène, les matières premières nécessaires aux industries exercées par son père, une maison d'habitation, des meubles, des bijoux, des étoffes et l'argent en caisse [4]. Ce n'est donc point dans la distinction des capitaux productifs et improductifs, qu'il faut

(1) Cf. en ce sens : Schulthess, p. 121 ; Guiraud, p. 318 ; Platner, *Process*, II, p. 280.

(2) Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 30, note 24.

(3) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 10 : καὶ ταῦτα μὲν ἐνεργὰ κατέλειπεν.

(4) *Ibid.*, §§ 9-11 et 61. Guiraud (p. 318, note 5) observe, à ce sujet, que Démosthène considère comme improductives les sommes suivantes : 70 mines de prêts maritimes, 2400 drachmes placées dans la banque de Pasion, 600 drachmes placées chez Pylade et 1600 chez Démomélès, ainsi qu'un talent prêté à divers. Mais il se peut que les sommes en question n'aient rapporté aucun intérêt. Ainsi, les 4600 drachmes étaient de simples dépôts effectués chez des banquiers. Les 70 mines de prêts maritimes provenaient peut-être de prêts récemment remboursés par l'emprunteur et actuellement sans emploi. Enfin, suivant Guiraud, le talent mentionné en dernier lieu était διακεχρημένον, expression qui sert à désigner le prêt à usage sans intérêt. Cf. Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 5.

chercher le motif de la loi qui commande de transformer en immeubles tous les capitaux du pupille. La véritable raison c'est, comme l'indique Platner [1], d'une part, que les immeubles constituent la plus solide des possessions, et, d'autre part, qu'ils ne peuvent pas être détournés aussi facilement que des capitaux mobiliers et que par cela même ils protègent le tuteur contre le soupçon d'infidélité.

Le tuteur, lorsqu'il a de l'argent disponible appartenant au mineur, peut, au lieu d'acheter des immeubles, prêter cet argent, mais, pour que la sécurité du mineur soit complète, il ne peut faire un semblable prêt que sur première hypothèque. On a même prétendu que la loi athénienne interdisait de constituer une seconde hypothèque sur des immeubles affectés en garantie à des mineurs [2]. On invoque à l'appui de cette manière de voir un passage du premier plaidoyer contre Aphobos où l'orateur rappelle que ce dernier, en sa qualité de tuteur de Démosthène, était détenteur de 30 esclaves, ouvriers en meubles, qu'un nommé Mœriadès avait donnés en antichrèse au père de Démosthène pour sûreté d'une créance de 40 mines. « Aphobos, dit l'orateur, avait pris cet atelier chez lui, et si un tiers avait voulu prêter sur le même gage (εἰ ἄλλος ἐβούλετο εἰς ταῦτα συμβάλλειν), il devait s'y opposer en mon nom et comme tuteur (ἐπίτροπον γ' ὄντα) » [3]. Il y a là, dit-on, une disposition de faveur pour les pupilles, disposition qui n'est point inutile pour Athènes où l'on connaissait l'usage des secondes et des troisièmes hypothèques. Nous ne pensons pas cependant que l'on puisse accorder une portée aussi considérable au passage précité et c'est, à notre avis, forcer le sens des mots que d'y trouver la trace d'une disposition législative interdisant de constituer une seconde hypothèque sur des immeubles déjà engagés

(1) *Process*, II, p. 280, 281. Cf. Schulthess, p. 120-122; Ciccotti, p. 117; Guiraud, *loc. cit.*

(2) Van den Es, p. 178. Cf. Schulthess, p. 122,

(3) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 27.

à des mineurs. Tout ce qui résulte du discours contre Aphobos, c'est que le tuteur doit prendre le plus de précautions possibles dans l'intérêt de son pupille. Or, s'il a prêté les deniers pupillaires sur une première hypothèque, il est sage, de sa part, de ne pas donner son consentement à l'établissement d'une seconde hypothèque, afin d'éviter les difficultés qui pourraient surgir ultérieurement en cas d'insuffisance du gage, ou de prévenir les contestations que l'autre créancier hypothécaire pourrait soulever sur le rang ou l'existence de l'hypothèque du mineur [1].

Il y a un mode de placement dont la légitimité a soulevé des doutes, à savoir le prêt à la grosse. Ce prêt entraîne pour le bailleur de fonds des risques assez considérables, supérieurs même à ceux de l'assurance maritime proprement dite. Aussi a-t-on prétendu qu'en raison de son caractère très aléatoire ce mode de placement avait été interdit aux tuteurs par la loi athénienne. C'est là une question controversée que nous aurons à résoudre en exposant la théorie du prêt à la grosse [2].

La préoccupation du législateur de conserver intact et d'accroître autant que possible le patrimoine immobilier du mineur pourrait faire croire que le tuteur n'a pas le droit d'aliéner les immeubles de son pupille [3]. Le droit attique n'a point admis cependant de prohibition semblable à celle que le droit romain avait fini par édicter, et le tuteur a toute liberté pour aliéner les biens meubles ou immeubles de son pupille. Cette solution résulte non seulement de l'absence de texte prohibitif, mais aussi, *a contrario*, du testament de Platon, que nous a conservé Diogène Laërce. On y rencon-

(1) Cf. Schneisser, p. 20 ; Platner, *Process*, II, p. 286 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 130 ; Guiraud, p. 320.

(2) V. *infra*, liv. III, Des obligations.

(3) C'est ainsi qu'à Rome les empereurs ont défendu aux tuteurs d'aliéner les *prædia rusticana vel suburbana* des pupilles et même plus tard les *prædia urbana* : l. 1, § 2, D. *De reb. eor.*, XXVII, 9; l. 22, *C. De admin. tut.*, V, 37.

tre, en effet, une disposition par laquelle le testateur interdit l'aliénation par voie de vente ou d'échange d'un terrain situé à Iphistiades, et déclare que ce terrain restera autant que possible la propriété de son fils Adimante [1]. Cette prohibition ne peut évidemment s'adresser qu'aux tuteurs de l'enfant. On doit donc en conclure qu'en l'absence de toute clause d'inaliénabilité dans le testament, le tuteur a le droit d'aliéner les biens du pupille [2].

On peut toutefois hésiter sur le point de savoir si le tuteur peut se rendre lui-même acquéreur des immeubles de son pupille. On l'a nié en invoquant d'abord le principe *nemo auctor in rem suam fieri potest*. Aussi, dit-on, Isée, dans un de ses plaidoyers, critique-t-il la conduite d'un tuteur qui a acheté la maison paternelle de son pupille [3]. Il est vrai que le tuteur peut devenir fermier de son pupille, mais c'est qu'alors les intérêts de ce dernier sont sauvegardés par l'intervention de l'archonte lors de la μίσθωσις οἴκου, tandis que cette garantie n'existerait pas en cas d'acquisition par le tuteur d'un bien pupillaire [4]. Nous ne voyons, au contraire, aucune raison suffisante pour prohiber une semblable acquisition. Elle ne résulte point, tout d'abord, du texte d'Isée, car si cet orateur blâme la conduite du tuteur, ce qu'il lui reproche, ce n'est pas tant d'avoir acheté la

(1) Diogène Laërce, III, 41 : ἀλλ' ἔστω 'Αδειμάντου τοῦ παίδιου εἰς τὸ δυνατόν.

(2) Dareste, *Plaid civ.*, I, p. 30, note 26 et *in Annuaire*, 1882, p. 3, 4; Bruns, *in Zeitschr. der Savignystif. f. Rechtsgesch.*, I, p. 9; Schulthess, p. 118, 119; Guiraud, p. 319. Dareste (*Plaid. civ.*, *loc. cit.*), cite à l'appui de cette solution un testament grec rapporté par Scævola au Digeste, l. 60, *Mandati*, XVII, 1. Mais il ne nous semble pas sûr d'argumenter d'un document qui, bien qu'écrit en grec, est plutôt inspiré du droit romain que du droit grec. Il n'est pas certain, d'ailleurs, qu'il s'agisse dans ce texte d'un tuteur. — La loi de Gortyne (IX, 1 et s.) accorde de même aux oncles paternels ou maternels de la patrôoque des pouvoirs d'administration fort étendus qui comprennent le droit de vendre et d'hypothéquer. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 134 et 160; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 477.

(3) Isée. *De Dicœog. her.*, § 11.

(4) Platner, *Process*, II, p. 287 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 560, note 219.

maison paternelle de son pupille et d'avoir commis une illégalité en le faisant, que de l'avoir démolie pour agrandir son propre jardin, sans aucun respect pour les souvenirs de la famille qui pouvaient y être attachés. Quant à la règle *nemo auctor in rem suam*, elle n'est point appliquée dans le droit attique, ainsi que le prouve la possibilité pour le tuteur de louer pour son compte les biens du mineur. Du reste, la pluralité habituelle des tuteurs athéniens prévient l'inconvénient qu'aurait pu présenter l'application de cette règle. L'archonte n'intervient point, il est vrai, aussi directement dans l'acquisition que dans la location, mais sa surveillance peut cependant s'exercer aussi bien à propos de la première qu'à propos de la seconde de ces opérations [1].

Le pouvoir d'aliéner qui appartient au tuteur comporte, à plus forte raison, celui d'hypothéquer les biens de son pupille. On a cependant prétendu que le tuteur n'avait pas ce droit, et l'on a invoqué à l'appui de cette manière de voir le passage de Démosthène dont nous avons déjà parlé [2], et où l'orateur reproche à Aphobos son tuteur d'avoir engagé des esclaves déjà donnés en antichrèse à son père par Mœriadès, εἰς τὰ ἡμέτερα δανείσαντι [3]. Mais, à notre avis, ce texte ne prouve nullement qu'une constitution d'hypothèque sur les biens du pupille fût prohibée par la loi, car il n'y est point question d'un pareil acte sur les biens de Démosthène lui-même, *in res pupilli*. Tout ce qui résulte de ce texte c'est, comme nous l'avons précédemment établi, que lorsqu'un débiteur a hypothéqué ses biens à un mineur, le tuteur agit sagement en s'opposant à ce qu'une nouvelle hypothèque soit prise sur ces mêmes biens, sans que cependant cette seconde hypothèque soit légalement prohibée. Quant à l'expression εἰς τὰ ἡμέτερα δανείσαντι, elle n'est qu'une

(1) Van den Es, p. 182; Schulthess, p. 119; Guiraud, p. 319; Ciccotti, p. 119.

(2) Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 27, 28. V. *supra*, p. 230.

(3) Schulthess, p. 120.

manière de parler employée par l'orateur pour désigner le gage qui lui avait été affecté [1].

Le tuteur doit, en sa qualité d'administrateur, non seulement faire produire aux capitaux du pupille tous les revenus dont ils sont susceptibles, mais acquitter, sur ces revenus, les charges correspondantes. Le tuteur doit, en conséquence, payer les impôts qui, par exception, peuvent frapper les biens des mineurs : telles sont les εἰσφοραί, ou impôts extraordinaires levés en cas de guerre et pour lesquels il n'y a pas de concessions spéciales d'immunités [2]. Cette obligation du tuteur est désignée par les expressions τὰ πρὸς τὴν πόλιν διοικεῖν [3] ou εἰς τὴν πόλιν εἰσφέρειν [4], et Démosthène nous dit formellement que le paiement de ces impôts doit se faire sur les revenus, ἀπὸ τούτων τῶν προσιόντων [5]. Mais la fortune des mineurs ne supporte ni les impôts ordinaires ni les liturgies, jusqu'à la fin de l'année qui suit la déclaration de majorité [6].

Le tuteur est évidemment responsable envers le pupille de sa mauvaise gestion ; mais dans quelle mesure ? Si l'on

(1) Guiraud, p. 320; Hitzig, p. 30.

(2) V. sur ces impôts, Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eisphora*.

(3) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 60.

(4) Démosthène, *ibid.*, § 36.

(5) *Ibid.*, § 60.

(6) Cela résulte soit du silence que Démosthène, dans ses plaidoyers contre Aphobos, garde relativement à ces impôts, soit d'un autre discours du même orateur (*De class.*, XIV, § 16) où demandant aux Athéniens de porter de 1.200 à 2.000 le nombre des personnes soumises aux liturgies, il s'exprime dans les termes suivants : τοὺς διακοσίους καὶ χιλίους ἀναπληρῶσαι φημι χρῆναι καὶ ποιῆσαι δισχιλίους, ὀκτακοσίους αὐτοῖς προσνείμαντας. ἐὰν γὰρ τοῦτ' ἀποδείξητε τὸ πλῆθος· ἡγοῦμαι τῶν ἐπικλήρων καὶ τῶν ὀρφανῶν καὶ τῶν κληρουχικῶν, καὶ τῶν κοινωνικῶν καὶ εἴ τις ἀδύνατος ἀφαιρεθέντων, ἔσεσθαι χίλια καὶ διακόσια ταῦτα ὑμῖν σώματα. Cf. Lysias, *C. Diogit.*, § 24 : τὸ ἥμισυ τούτοις ὀρφανοῖς οὖσι λελόγισται, οὓς ἡ πόλις οὐ μόνον παῖδας ὄντας ἀτελεῖς ἐποίησεν, ἀλλὰ καὶ ἐπειδὰν δοκιμασθῶσιν ἐνιαυτὸν ἀφῆκεν ἁπασῶν τῶν λητουργιῶν. V. au surplus, sur les immunités des mineurs relativement aux impôts, matière qui appartient au droit public plutôt qu'au droit privé : Thumser, *De civium Atheniensium muneribus*, p. 47 et s.; Schmeisser, p. 23 et s. ; Schulthess, p. 129 et s.; Bœckh, I, p. 621 et s.

part de cette idée que l'administration du tuteur est gratuite, en principe, on pourrait être tenté de croire que sa responsabilité n'est engagée que s'il a commis un dol ou une faute lourde assimilée au dol. Mais cette théorie est évidemment inadmissible. Outre qu'elle protègerait trop mal le pupille, elle serait contraire aux textes qui supposent le tuteur responsable d'une simple faute. Ainsi d'abord, dans un de ses plaidoyers contre ses tuteurs, Démosthène nous dit que ceux-ci doivent donner tous leurs soins à la conservation du patrimoine de leurs pupilles, συνδιασῶσαι τὴν οὐσίαν [1]. Dans un autre plaidoyer, il fait application de ce principe lorsqu'il reproche à Aphobos d'avoir permis qu'un tiers prêtât sur des esclaves déjà engagés à son père, ce qui était une imprudence et pouvait entraîner plus tard un préjudice pour le pupille [2]. L'étendue de la responsabilité du tuteur est encore indiquée par un autre passage du même plaidoyer où l'orateur dit qu'il a traduit ses tuteurs en justice pour les choses ὅσα δ' αὐτῆς (τῆς οὐσίας) διακέκλεπται, καὶ ὅσα ἰδίᾳ ἕκαστος εἴληφε καὶ ὁπόσα κοινῇ πάντες ἀποστεροῦσιν. Bien que le mot διακέκλεπται semble plutôt, en raison de ce qui suit, se référer aux fraudes commises par les tuteurs, nous estimons cependant qu'il comprend, d'une manière générale, les objets qui ont péri par la négligence des tuteurs aussi bien que ceux qui ont été dolosivement détournés par eux [3]. Aussi, dans un autre passage, le tuteur Aphobos, affirmant que le patrimoine de Démosthène ne se montait qu'à dix talents, offre-t-il de compléter *de re sua* ce qui pourrait en manquer, εἰ δέ τι ἐλλίποι, αὐτὸς ἔφη προσθήσειν, et cela quelle que soit la cause de la perte, dol ou simple négligence [4]. C'est enfin parce que le tuteur est responsable de sa négligence que Démosthène peut, en ce qui concerne certains

(1) Démosthène, *In Aphob.*, II, § 25.
(2) Démosthène, *In Aphob.*, §§ 27, 28.
(3) *Ibid.*, § 12.
(4) Schmeisser, p. 22.

esclaves engagés à son père par Mœriadès, et qui ne se retrouvent plus lors de la majorité de l'orateur, faire à ses tuteurs les reproches suivants : « A qui ces esclaves ont-ils été remis ? Comment sont-ils sortis de la maison? Qui les a emmenés ? Quels procès mes adversaires ont-ils perdu au sujet de ces esclaves ? Ils ne peuvent le dire [1]. » Ce que ses tuteurs doivent prouver pour échapper à toute responsabilité, ce n'est point, dit Démosthène, la friponnerie de Mœriadès, c'est leur vigilance [2].

Le tuteur est responsable, d'ailleurs, non seulement de son propre fait, mais encore de la négligence de ceux à qui il a pu confier l'administration d'une partie des biens du pupille. Ainsi Démosthène, reprochant à Aphobos d'avoir remis la dot de sa sœur à Thérippide, pour acheter en quelque sorte de ce dernier le droit de prendre sur les biens de Démosthène tout ce qu'il voudrait, dit à son adversaire : « Pour les objets que tu as remis à d'autres, il y a une loi qui porte expressément que tu en es responsable comme si tu les avais encore en ta possession » [3]. La responsabilité du tuteur relativement à la perte des biens du pupille ne cesse qu'en cas de force majeure, par exemple, en cas de vol à main armée [4].

L'administration du tuteur peut-elle être contrôlée par l'archonte ? C'est un point que nous examinerons ultérieurement en traitant des garanties accordées au pupille.

Nous avons supposé jusqu'à présent que la gestion de la tutelle n'est exercée que par un seul tuteur. Mais la plura-

(1) Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 25 et 26.

(2) Cf. Platner, *Process*, II, p. 286 ; Schmeisser, p. 22; Schulthess, p. 234.

(3) Démosthène, *In Aphob.*, III, § 36 : περὶ μὲν γὰρ ὧν καθυφεῖκας, νόμος ἔστι διαρρήδην ὅς κελεύει σε ὁμοίως ὀφλισκάνειν ὥσπερ ἂν αὐτὸς ἔχῃς. Cf. Platner, *Process*, II, p 286, 287 ; Schmeisser, p. 22. V. toutefois : Schulthess, p. 234; Hermann-Thalheim, p. 119, note 2.

(4) Lysias, *C. Diogit.*, § 29 : οὐ γὰρ ἂν δύναιτο ἀποδεῖξαι οὔθ' ὑπὸ τῶν λῃστῶν ἀπολωλεκὼς, οὔτε ζημίαν εἰληφὼς οὔτε χρήσταις ἀποδεδωκώς.

lité des tuteurs, qui est la règle à Athènes, peut engendrer certaines complications relativement à l'administration. Il n'y a pas de difficulté si la gestion a été divisée entre les tuteurs par le père de famille. Il n'y alors qu'à se conformer aux indications données par le testament. On a contesté, il est vrai, la possibilité d'une semblable division de la gestion en disant qu'elle est contraire à l'esprit de la législation, car, en admettant la pluralité des tuteurs, le législateur veut que les différents tuteurs puissent se surveiller réciproquement, ce qui n'aurait pas lieu, si chacun d'eux avait la gestion séparée d'une portion du patrimoine. On a ajouté qu'il n'y a pas d'exemple d'une semblable division [1]. Mais ces objections ne sont, à notre avis, nullement décisives. Le testateur est évidemment le meilleur juge des intérêts du mineur ; il peut, en ne nommant qu'un tuteur, écarter tout contrôle des cotuteurs. Donc, à plus forte raison, peut-il rendre indépendants les uns des autres les divers tuteurs dans la gestion spéciale qu'il confie à chacun d'eux. Si nous n'avons pas d'exemple d'une division de la gestion, cela ne prouve pas que cette division ait été légalement impossible [2].

A défaut d'indications contraires dans le testament, les tuteurs gèrent indivisément, et il semble que chacun d'eux soit pleinement compétent pour faire seul tous les actes de gestion qu'il ferait valablement s'il était seul. Il se peut toutefois que des difficultés s'élèvent entre les tuteurs relativement à la gestion, les uns voulant, par exemple, que l'on procède à la location des biens du pupille, tandis que les autres préfèrent l'administration directe. Il y a lieu, en pareil cas, de faire trancher la difficulté par les tribunaux [3]. Quant à la

(1) Schulthess, p. 236.

(2) Cf. en ce sens : Schmeisser, p. 48 et s.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 562. Ces auteurs admettent également la possibilité d'un recours aux tribunaux par toute personne intéressée à critiquer le mode de gestion choisi par les tuteurs.

responsabilité respective des cotuteurs, nous aurons à la préciser à propos de la δίκη ἐπιτροπῆς.

Au lieu de supposer plusieurs tuteurs pour un seul pupille, nous pouvons supposer, à l'inverse, que plusieurs pupilles ont le même tuteur. Il résulte, en ce dernier cas, du registre des ventes immobilières de Ténos qu'un contrat, une vente, dans l'espèce, peut avoir lieu entre deux personnes ayant le même tuteur, celui-ci figurant dans l'acte à la fois comme vendeur et comme acheteur. Ce texte se réfère spécialement, il est vrai, à un cas de tutelle des femmes, mais on doit supposer que la solution admise pour le κύριος serait également applicable à l'ἐπίτροπος.

C. Μίσθωσις οἴκου. — Le tuteur, au lieu d'administrer lui-même directement le patrimoine du pupille, suivant les règles que nous venons d'exposer, peut le louer en bloc, mais il n'est obligé de recourir à ce procédé, ainsi que nous l'avons admis, que dans le cas où une clause du testament l'ordonne. Le plus souvent, du reste, le tuteur se débarrasse, au moyen de cette location, des soucis d'une gestion plus ou moins onéreuse et pour laquelle il n'a droit, en principe, à aucune rémunération. Cette location en bloc du patrimoine pupillaire, c'est ce que l'on nomme la μίσθωσις οἴκου. On dit du tuteur qui procède à cette location, μισθοῦν τὸν οἶκον [2], du locataire, μισθοῦσθαι τὸν οἶκον et de l'οἶκος lui-même, ἐμισθώθη.

L'οἶκος du pupille que le tuteur loue ainsi, c'est le patrimoine tout entier du mineur et non pas seulement, comme on pourrait le croire, les maisons, que l'on désigne alors spécialement par le mot οἰκία [3]. On voit même que la

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 64, § 2.

(2) On rencontre aussi l'expression μισθοῦν τοὺς οἴκους : Isée, *De Philoct. her.*, § 36.

(3) Le mot οἶκος est alors synonyme de οὐσία. Ainsi dans Isée, *De Dicæog. her.*, § 14, les expressions ἀμφισβητοῦμεν αὐτῷ ἅπαντος τοῦ οἴκου sont prises comme synonimes de celles-ci : διανειμαμένων αὐτῶν τὴν ὅλην οὐσίαν. Cf. Schulthess, p. 137. Ammonius, v° οἶκος établit ainsi la différence qui existe entre les

μίσθωσις οἴκου dont parle Démosthène dans un de ses plaidoyers contre ses tuteurs, n'a point compris la maison paternelle de l'orateur, car le père de celui-ci en avait donné la jouissance à Aphobos jusqu'à la majorité de son pupille [1]. L'οἶκος peut aussi ne comprendre aucun immeuble : ainsi, dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Ménéclès, où il est dit, au § 9, μεταστχὼν τοῦ οἴκου τῆς μισθώσεως, on voit, aux §§ 28 et 24 que, dans cette hypothèse, l'οἶκος ne comprenait que l'argent comptant. L'expression μίσθωσις οἴκου est d'ailleurs remplacée, dans un plaidoyer d'Isée [2], par celle de μίσθωσις τῶν χρημάτων [3].

Le tuteur ne peut pas procéder de sa propre autorité à la μίσθωσις οἴκου, et la loi lui prescrit, dans l'intérêt du pupille, l'observation de certaines formalités. D'une manière générale, la location des biens du pupille se fait publiquement et sous la surveillance de l'archonte. C'est là une ressemblance avec la location des biens de l'Etat ou des domaines sacrés. Toutefois, tandis que pour cette dernière on grave ordinairement sur la pierre ou sur le bronze les clauses du contrat [4], on juge inutile de donner une pareille publicité aux contrats de louage concernant les biens de simples particuliers, et spécialement ceux des pupilles [5].

Le tuteur, ne pouvant donc pas traiter de gré à gré avec le fermier, doit s'adresser à l'archonte, et lui présenter une requête tendant à ce que ce magistrat fasse procéder à la location aux enchères publiques. Ainsi, dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Philoctémon, les deux défendeurs,

expressions οἶκος et οἰκία : οἶκος μὲν λέγεται ἡ πᾶσα οὐσία· οἰκία δ'ἡ ὑφ' ἑνὸς ἡ ὑπὸ δευτέρου κατοικουμένη.

(1) Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 5 et 15.

(2) Isée, *De Hagn. her.*, § 34.

(3) Cf. sur la terminologie usitée en cette matière : Van den Es, p. 175 et 179 ; Schneisser, p. 17 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 363 ; Schulthess, p. 139-140 ; Schœmann, sur Isée, p. 205 ; Hermann-Thalheim, p. 91, note 4.

(4) Buchsenschütz, p. 90 et s. ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 261.

(5) Schulthess, p. 141.

Androclès et Antidoros, imaginent le moyen suivant pour s'approprier la fortune d'Euctémon qui, vieux et malade, ne peut plus quitter le lit. Ils font inscrire par devant l'archonte, comme fils adoptifs de Philoctémon et d'Ergaménès (fils prédécédés d'Euctémon) deux enfants dont ils se disent en même temps les tuteurs sur le fondement d'un faux testament, καὶ μισθοῦν ἐκέλευον τὸν ἄρχοντα τοὺς οἴκους ὡς ὀρφανῶν ὄντων [1], c'est-à-dire demandent à l'archonte que les biens laissés par les prétendus pères adoptifs de ces enfants soient amodiés comme biens d'orphelins.

Le tuteur, en présentant ainsi sa requête à l'archonte, doit lui remettre en même temps un état détaillé ou inventaire de la fortune du pupille. Le plaidoyer précité d'Isée ne parle point, sans doute, de cette formalité, mais elle nous est indiquée par le plaidoyer du même orateur sur la succession d'Hagnias. Théopompe y dit, en effet, à ses adversaires, que si l'enfant a réellement droit à la moitié de la succession, son tuteur doit faire une liste des biens qu'il attribue à son pupille et la présenter à l'archonte, pour que celui-ci procède à l'amodiation de ces biens : ἀπογραψάσθω πρὸς τὸν ἄρχοντα εἰς τὴν μίσθωσιν τῶν ἐκείνου χρημάτων, ἣν ὁ μισθωσάμενος εἰσπράξει με ταῦτα ὡς ὄντα τοῦ παιδός [2]. Cet inventaire, qui se nomme ἀπογραφή, contient une liste détaillée de tous les biens mobiliers ou immobiliers du mineur, et l'on voit, dans ce même plaidoyer, la mère du pupille déclarer (ἀπεγράψατο) devant témoins, et probablement devant l'archonte, différents objets appartenant à son enfant [3]. Cela n'empêche pas que l'inventaire soit souvent incomplet et que l'on y dissimule certains biens en vue de frauder le fisc, notam-

(1) Isée, *De Philoct. her.*, §§ 36 et s. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 340 et s.

(2) Isée, *De Hagn. her.*, § 34. Cf. Van den Es, p. 181 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 362 ; Hermann-Thalheim, p. 16, note 1 ; Schulthess, p. 142 ; Lécrivain, p. 730.

(3) Isée, *ibid.*, § 43. Cf. Schulthesss, p. 142, note 1.

ment pour payer des εἰσφοραὶ moins fortes [1]. Les biens ainsi dissimulés sont, du reste, plutôt des objets mobiliers, notamment de l'argent comptant.

L'archonte, saisi de la demande d'amodiation, lui fait donner une certaine publicité, c'est-à-dire fait proclamer par un héraut, en présence des héliastes, que l'on va louer les biens d'un mineur. Il procède ensuite à l'adjudication en présence du tribunal des héliastes. Isée résume cette procédure en disant : καὶ ἐπειδὴ πρῶτον τὰ δικαστήρια ἐπληρώθη, ὁ μὲν ἄρχων προεκήρυττεν, οἱ δ'ἐμισθοῦντο [2]. Les héliastes interviennent ici non seulement comme témoins, mais encore pour contrôler l'opération, et pour statuer immédiatement sur les incidents qui pourraient s'élever à cette occasion [3]. Bien que l'adjudication soit le fait de l'archonte lui-même, et non celui du tribunal [4], l'intervention de ce dernier constitue une formalité essentielle à la validité de l'adjudication, et elle peut, comme nous l'apprend le même plaidoyer d'Isée, présenter une grande utilité. L'orateur nous montre, en effet, que des personnes assistant à l'audience, voyant qu'il allait se commettre une illégalité, se hâtent d'aller informer les parents d'Euctémon de ce qui se passe. Ceux-ci accourent et détrompent les juges, qui décident alors de ne pas procéder

(1) Ainsi, dans ce même plaidoyer, au 43, Théopompe dit : καὶ οὔπω λέγω περὶ τῶν ἄλλων, ἃ κατελείφθη μὲν οὗτοι δ' οὐκ ἀποφαίνουσιν, et il ajoute, au § 44 : ἀλλ' ὕστερον περὶ τῶν παρακλεπτομένων ὑπὸ τούτων ποιήσομαι τοὺς λόγους. Cf. Schulthess, p. 142.

(2) Isée, *De Philoct. her.*, § 37.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, 362 ; Hermann-Thalheim, p. 16, note 1 ; Schulthess, p. 144 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 730. Cette intervention des héliastes se rencontre également à propos d'autres actes de la juridiction gracieuse de l'archonte, comme en cas d'épidicasie d'une succession (Démosthène, *C. Olympiod.*, § 25) ou d'affranchissement (Isée, *Pro Eumath.*, fr. 66, l. 13, Sauppe). Une inscription assez mutilée nous montre que l'adjudication des travaux de construction d'un temple de Jupiter au Pirée a également eu lieu devant le tribunal. *Corp. inscr. Att.*, II, 2, nº 834. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 730 ; Schulthess, p. 145.

(4) Aristote, *Constit. des Ath.*, c. 56 dit, en parlant des attributions de l'archonte : μισθοῖ δὲ καὶ τοὺς οἴκους τῶν ὀρφανῶν καὶ τῶν ἐπικλήρων.

à l'amodiation, μὴ μισθοῦν τοὺς οἴκους [1]. L'orateur n'indique point les motifs qui ont déterminé les juges, mais c'est vraisemblablement parce qu'ils ont découvert la fausseté des allégations d'Androclès et d'Antidoros.

On a prétendu que cette adjudication ne peut avoir lieu qu'au commencement de l'année, dans le mois d'Hécatombéon [2]. Mais les deux textes que l'on a allégués en ce sens ne sont nullement concluants. Dans le premier de ces textes, qui est emprunté à Aristophane, un des personnages de la comédie se moque de son voisin qui, prenant à la lettre les utopies de Protagoras et de Platon, apporte à la masse commune tout ce qu'il possède et lui dit : « Hé ! l'ami, que signifie donc tout cet étalage de meubles ? Est-ce que tu changes de logement, ou bien vas-tu mettre en gage tout ton mobilier [3] ? » Sans doute, les déménagements avaient lieu habituellement au mois d'Hécatombéon, mais ce n'est pas une raison pour en conclure que la location des biens de mineurs ne fût non plus possible qu'à cette époque. Quant à l'autre texte, c'est le passage d'Isée [4] précédemment cité, et qu'on lit alors de la manière suivante : καὶ ἐπειδὴ πρῶτον τὰ δικαστήρια ἐκληρώθη, c'est-à-dire après que les juges eurent été tirés au sort, opération qui se pratiquait au commencement de l'année. Mais cette correction nous paraît tout à fait arbitraire et elle n'est point, du reste, en harmonie avec l'ensemble du paragraphe d'Isée. Il faut donc écarter toute restriction concernant l'époque de la location des biens de mineurs [5].

Quant à la manière même dont s'opère l'adjudication, nous possédons très peu de renseignements à ce sujet. Elle se

(1) Isée, *De Philoct. her.*, § 37.
(2) Petit, p. 593 ; Platner, *Process*, II, p. 283.
(3) Aristophane, *Eccles*, v. 753.
(4) *De Philoct. her.*, § 37. *Supra*, p. 241.
(5) Van den Es, p. 183, note 2 ; Caillemer, *Louage*, p. 22-23.

fait vraisemblablement au plus offrant [1], et pour cela on tient compte non seulement du prix, mais encore des garanties que présente l'adjudicataire, par exemple de la solidité du gage qu'il affecte au paiement des fermages [2].

Plusieurs personnes peuvent se rendre conjointement locataires des biens d'un pupille. Ainsi dans le cas que nous avons déjà cité de la succession de Philoctémon, Androclès et Antidoros, qui réclament de l'archonte la mise en adjudication des biens des pupilles, se portent eux-mêmes conjointement comme adjudicataires [3]. De même, dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Ménéclès [4], on voit que celui-ci s'était associé à plusieurs de ses concitoyens pour la location des biens des fils mineurs de Nicias, et il est dit qu'il avait spécialement affermé les biens mobiliers [5]. Il est difficile, d'ailleurs, de savoir comment l'on procédait en cas de pluralité de locataires, et de décider si on louait en bloc tout le patrimoine à un seul individu, sauf à celui-ci à partager avec d'autres le bénéfice de son contrat, ou si, au contraire, on procédait à plusieurs adjudications partielles et distinctes [6].

Lorsque les biens du pupille sont ainsi adjugés à plusieurs personnes, il n'y a point de solidarité entre les divers locataires. Nous verrons, en effet, que lorsqu'un pupille a plu-

(1) Dans le contrat de location de la phratrie des Dyaliens (*Corp. inscr. Att.*, II, 1, 600, l. 58) il est dit : καὶ μισθωσάντων Δυαλεῖς, ᾧ ἂν βούλωνται τοῦ πλείστου.

(2) Schulthess, p. 146, note 1; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 730. Schulthess cite, en ce sens, une décision du dème de Plotheia (*Corp. inscr. Att.*, II, 1, n° 570) relative à une location des biens du dème et où il est dit : ὃς ἂν πείθῃ τοὺς δανειζόντας ἄρχοντας τιμήματι ἢ ἐγγυητῇ, alors que précédemment il vient d'être décidé : ὅστις ἂν πλεῖστον τόκον διδῷ.

(3) Isée, *De Philoct. her.*, § 36. V. *infra*, p. 244.

(4) Isée, *De Menecl. her.*, § 9 : μετασχὼν τοῦ οἴκου τῆς μισθώσεως τῶν παίδων τοῦ Νικίου.

(5) Isée, *ibid.*, §§ 27, 28 et 34. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 206.

(6) Cf. Van den Es, p. 183; Caillemer, *loc. cit.*, p. 23; Ciccotti, p. 118; Hermann-Thalheim, p. 16, note 1; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 363; Schulthess p. 117, 118; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 731.

sieurs tuteurs, ceux-ci ne sont point solidairement responsables les uns des autres. Donc, à plus forte raison, doit-il en être de même pour les simples locataires des biens du pupille [1].

Le tuteur qui a provoqué l'adjudication peut lui-même se rendre locataire. Ainsi, dans son plaidoyer pour l'héritage de Philoctémon, Isée nous dit qu'Androclès et Antidoros se sont présentés à l'archonte comme tuteurs, qu'ils lui ont demandé de procéder à l'amodiation des biens de leurs pupilles, et que, l'archonte ayant fait droit à leur requête, ils se sont rendus eux-mêmes locataires des biens, οἱ δ'ἐμισθοῦντο [2]. Cette opération présente, il est vrai, *a priori*, quelque chose d'extraordinaire. Aussi, a-t-on prétendu qu'elle n'était point légalement possible, et pour cela, on a proposé de lire dans le texte d'Isée : οἱ δ'ἐμίσθουν au lieu de οἱ δ'ἐμισθοῦντο, ce qui transformerait ainsi les tuteurs de locataires en bailleurs [3]. Mais cette correction est tout à fait arbitraire. Elle est, de plus, en contradiction, avec ce que l'orateur vient de dire, montrant que les tuteurs se sont présentés à l'archonte avec la pensée de devenir locataires et de s'enrichir ainsi frauduleusement : ὅπως μισθωταὶ γενόμενοι, τὰς προσόδους λαμβάνοιεν [4]. Isée ne semble nullement considérer comme illégale cette adjudication au profit du tuteur lui-même : il critique seulement les circonstances dans lesquelles elle s'opérait. Théoriquement, du reste, on ne voit pas pourquoi le tuteur serait incapable de se porter adjudicataire. L'intérêt du pupille est doublement sauvegardé, d'une part, au moyen des hypothèques ou autres sûretés que le tuteur, de même que tout autre locataire, doit fournir, d'autre part, grâce l'intervention de l'archonte et du tribunal [5]. Au surplus, si le

(1) Caillemer, *loc. cit.*, p. 23, 24.
(2) Isée, *De Philoct. her.*, § 37.
(3) Platner, *Process*, II, p. 281.
(4) Isée, *ibid.*, § 36.
(5) Schœmann, sur Isée, p. 341 ; Hermann-Thalheim, p. 10, note 1 ; Van den

tuteur peut se mettre sur les rangs, il n'a aucun privilège sur ses concurrents [1].

Il est moins facile de saisir l'intérêt que le tuteur peut avoir à transformer sa qualité de tuteur en celle de locataire. Certains auteurs, qui ont signalé les principales différences qui existent entre l'administration du tuteur et celle du locataire, ont observé qu'elles étaient plutôt au détriment du locataire qu'à son avantage. Ainsi d'abord le locataire était obligé de fournir des sûretés que l'on n'exigeait pas du tuteur. De plus, le tuteur ne devait rendre compte que des fruits ou revenus par lui perçus, tandis que le locataire était obligé de payer dans tous les cas une redevance fixe et périodique [2]. Aussi Caillemer [3] enseigne-t-il que le tuteur qui agissait comme Androclès et Antidoros, était toujours coupable d'une fraude et, par conséquent, peu digne d'intérêt. Il cherchait à louer à vil prix, afin d'affecter à son profit personnel une partie des revenus de l'enfant, et c'est ce qui explique l'indignation des parents des pupilles, empressés de venir demander aux juges l'annulation de ces actes frauduleux dont le but était de ruiner un incapable. Nous estimons néanmoins qu'en l'absence de tout calcul frauduleux, un tuteur pouvait avoir des motifs légitimes pour se porter adjudicataire. D'abord, en effet, il pouvait arriver que le père du pupille eût prescrit par son testament l'amodiation des biens de son enfant, et on ne voit pas pourquoi on aurait alors privé le tuteur du droit de se porter locataire. De plus, en l'absence de toute disposition testamentaire sur ce point, le tuteur qui, en principe, n'était point rémunéré de sa gestion, pouvait se porter adjudicataire afin de se ménager une rému-

Es, p. 182; Ciccotti, p. 119; Caillemer, *loc. cit.*, p. 24; Schulthess, p. 147 note 2; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 731. La même solution est consacrée par une inscription d'Ephese où on lit : εἰ δέ τις ἐπίτροπος ἐν τῇ ἐπιτροπῇ λαβὼν αὐτὸς ἔχει χρήματα τῶν τοῦ ὀρφανοῦ κτλ. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 30, l. 53, 54.

(1) Guiraud, p. 321.

(2) Van den Es, p. 182.

(3) *Loc. cit.*, p. 24.

nération tout en ne voulant point confier à un étranger l'administration. Si, par exemple, les biens du mineur rapportaient en fait 8 pour 100, le tuteur, en se portant adjudicataire à 7 pour 100, pouvait avoir 1 pour 100 de bénéfice, comme dédommagement de ses peines. Il semble d'ailleurs que la situation du locataire ait été très indépendante et qu'on l'ait considéré en quelque sorte comme un véritable propriétaire, car c'est lui qui, comme nous le verrons, agit en justice relativement aux biens qu'il a loués [1].

On s'est demandé s'il est possible de n'affermer qu'une partie de la fortune du mineur. On pourrait, à l'appui de la solution affirmative [2], citer un texte d'Isée d'où il semble résulter que les tuteurs n'avaient affermé que l'argent comptant laissé par le de cujus. L'orateur dit, en effet, en parlant de Dicéogène III, qu'il percevait un revenu annuel de 80 mines sur l'héritage de Dicéogène II, et il s'exprime dans les termes suivants : καὶ λαμβάνων μίσθωσιν ὀγδοήκοντα μνᾶς ἐκ τῶν Δικαιογένους τοῦ ἡμετέρου θείου χρημάτων [3]. Les χρημάτα, c'est-à-dire l'argent, paraissent ainsi avoir été seuls l'objet d'une adjudication. Mais cette conclusion serait erronée, car si l'on se reporte au § 35 du même plaidoyer, on y voit que les χρημάτα du § 11 comprenaient non seulement l'argent comptant, mais tout l'héritage, κλῆρος, laissé par Dicéogène, car cet héritage produit exactement le même revenu que les χρημάτα, c'est-à-dire 80 mines. Le texte d'Isée laisse donc la question entière. On a dit, pour écarter la possibilité d'une location partielle, que celle-ci serait contraire à l'esprit de l'institution dont nous nous occupons, et que la loi veut que tout le patrimoine, mobilier et immobilier, soit affermé une fois pour toutes. Il peut cependant se présenter des cas où la location partielle serait plus avantageuse

(1) Cf. Schultess, p. 146, note 1.

(2) L'affirmative est admise par Meier, Schœmann et Lipsius, qui ne citent, du reste, aucun texte à l'appui de leur opinion.

(3) Isée, *De Dicæog. her.*, § 11.

pour le mineur, ou serait même, en fait, seule possible Nous ne voyons point alors pourquoi on l'écarterait comme illégale, car la loi ne se prononce nullement sur ce point.

La location des biens du pupille se faisant par voie d'adjudication, aux enchères, il en résulte nécessairement que le prix de location n'est pas une quotité fixe, et qu'il peut varier suivant les cas et le résultat des enchères. On a cependant prétendu que la μίσθωσις οἴκου est, à tous égards, réglée d'une manière précise par la loi et que celle-ci va jusqu'à fixer le taux d'après lequel la location doit avoir lieu. Cela résulte, dit-on, d'un passage de Démosthène dans lequel l'orateur, après avoir dit que son tuteur Aphobos pouvait se mettre à l'abri de tout embarras en affermant son patrimoine aux termes de certaines lois, qui malheureusement ne nous ont pas été conservées, ajoute : « Par application de ces lois (κατὰ τούτους τοὺς νόμους) Antidoros, qui avait trois talents et trois mille drachmes, a reçu en six ans six talents et même, davantage de la location de son patrimoine [1]. » Démosthène en conclut que, comme il avait lui-même quatorze talents un bail fait sur le taux de celui d'Antidoros aurait dû, eu égard à sa durée plus longue, tripler au moins son capital. On a même voulu fixer à 18 p. 100 (ἐπ'ἐννέα ὀβολοῖς) le taux de la location. On a déduit ce taux du § 60 du même plaidoyer où l'orateur dit que le tiers de sa fortune (14 talents) rapportait au début cinquante mines, somme que, dit-on, on ne peut atteindre qu'en supposant un taux de 18 p. 100. On invoque aussi, par analogie, en faveur de ce taux, la règle qui fixe également à 18 p. 100 les intérêts dus par le mari en cas de non restitution de la dot [2].

Ces arguments ne nous paraissent pas de nature à ébranler la solution que nous avons admise. Lorsque Démos-

(1) Démosthène, *In Aphob.*, I, §§ 58 et s.
(2) Westermann, *Zeitsch. f. d. Alterthumsw.*, III, 1845, p. 777.

thène fait allusion aux lois suivant lesquelles s'est opérée la location du patrimoine d'Antidoros, cela ne signifie pas nécessairement que ces lois aient réglé le taux de cette location. L'orateur, à notre avis, se réfère simplement aux dispositions légales qui, suivant les cas, font au tuteur une simple faculté ou un devoir de procéder à la location des biens de son pupille [1]. Quant au cas d'Antidoros, Démosthène a raison d'en argumenter pour rendre plus éclatante l'indignité de ses tuteurs. Mais de ce que la location des biens d'Antidoros, qui était présente à l'esprit d'un grand nombre de juges, s'était effectuée dans d'heureuses conditions, et à un taux qu'on peut supposer avoir été de 18 pour 100 on ne peut en conclure que ce taux fût légalement obligatoire. L'existence d'un taux légal pour la location des biens du pupille rendrait sans objet toute la procédure d'adjudication, car on ne peut soutenir sérieusement que l'emploi de cette procédure ait été imposé uniquement pour apprécier la valeur respective des garanties fournies par les locataires [2].

Peut-on du moins savoir quel est le taux ordinaire de la location des biens de mineurs ? On ne peut, à cet égard, faire qu'une réponse approximative, car, d'une part, il est assez difficile de fixer le taux habituel de la location des maisons et des fonds de terre, et, d'autre part, l'intérêt de l'argent variait considérablement depuis 10 pour 100 jusqu'à 36 et même 48 pour 100 [3]. La location du patrimoine du mineur, qui comprenait à la fois ordinairement des immeubles et de l'argent, devait se faire sur un taux moyen. A en croire l'auteur du troisième plaidoyer contre Aphobos, les locations des biens de mineurs se feraient toujours à un

(1) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 58; Lysias, *C. Diogit.*, § 23.

(2) Cf. en ce sens : Schulthess, p. 149-151 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 731 ; Buermann, *Jahrb. f. klass. Philol.*, 1877, p. 609 et s.

(3) V. sur ces taux : Caillemer, *Louage*, p. 8 et s. et *Prêt*, p. 13 et s. : V. *infra*, Contrat de prêt.

taux supérieur au taux habituel pour les autres sortes de locations ou prêts, et le taux de 12 pour 100 serait le taux le plus bas [1]. Mais on ne peut avoir confiance dans cette assertion, d'abord parce que l'authenticité de ce troisième plaidoyer est fort douteuse, et, en second lieu, parce qu'il n'y a vraisemblablement dans le passage en question qu'une exagération oratoire. D'après ce que nous savons, le taux ordinaire de location des immeubles devait être inférieur à 12 pour 100, tandis que l'intérêt de l'argent dépassait le plus souvent ce même taux. Donc, en prenant une moyenne, on pourrait admettre le chiffre de 12 pour 100 comme le taux habituel de location du patrimoine du mineur considéré dans son ensemble. Que les biens de mineurs se soient loués ordinairement à un taux supérieur à celui des autres locations, c'est ce qui, *a priori*, ne paraît pas admissible, car le locataire des biens d'un mineur était tenu spécialement de fournir des garanties hypothécaires ou autres pour le paiement de ses loyers. Il n'y a pas lieu de croire, d'ailleurs, que l'intervention de l'archonte ait suffi pour procurer au mineur des conditions plus avantageuses que celles faites à un bailleur ordinaire [2].

Quoi qu'il en soit, l'exemple d'Antidoros cité par Démosthène et les conclusions qu'il en tire, même en faisant la part de l'exagération, montrent que la location de ses biens pouvait être très avantageuse pour le mineur. Le locataire pouvait également y trouver un avantage sérieux. C'est ce que prouve d'abord le passage plusieurs fois cité d'Isée [3], où l'on voit les tuteurs demander à devenir eux-mêmes les locataires de leur pupille. Une autre preuve s'en trouve dans

(1) Démosthène, *In Aphob.*, III, § 60 : θέντες οὖν οἱ δικασταὶ τοῖς πᾶσι χρήμασι οὐκ ἐφ' ὅσῳ μισθοῦσι τοὺς οἴκους τόκον ἀλλ' ὃς ἦν ἐλάχιστος, εὗρον τὸ σύμπαν πλέον ἢ τριάκοντα τάλαντα αὐτοὺς ἀποστεροῦντας.

(2) Cf. Buermann, *Jahrb. f. klass. Philol.*, 1877 (CXV), p. 609, 610 ; Schulthess, p. 152-156.

(3) Isée, *De Philoct. her.*, § 36.

ce fait que c'est grâce à la μίσθωσις οἴκου des enfants de Nicias que Ménéclès [1] a pu arriver à rembourser à sa femme divorcée une dot qui se montait à 20 mines [2].

Quant à l'époque à laquelle devaient être payés les loyers ou fermages des biens de mineurs, il est assez difficile de s'en faire une idée, attendu que l'on ne peut guère se fixer sur l'époque du paiement des loyers, en général [3]. Une assez grande latitude devait être laissée à la convention des parties et il est impossible de tenter une généralisation qui risquerait d'être inexacte. Le prix de la location est, en principe, payable à des intervalles périodiques, chaque année, ou tous les six mois, ou même à des intervalles plus rapprochés encore, mais non inférieurs à un mois. Une autre combinaison peut aussi avoir lieu et d'après laquelle le locataire ne paie tous ses loyers qu'en une seule fois, à l'époque où son bail prend fin et où il restitue au mineur, devenu majeur, le capital même qu'il a affermé. C'est ainsi que Théogène de Probalinthe a payé en une fois à Antidoros la somme de six talents qui représentait en même temps le capital affermé, d'une valeur de trois talents et 3000 drachmes, et le prix de la location pendant six ans, somme qui, d'après Démosthène [4], lui fut payée sur l'agora [5]. Ce dernier mode ne peut toutefois être qu'exceptionnel, car il est naturel que les loyers soient remis, au fur et à mesure de leur échéance, entre les mains du tuteur afin que celui-ci puisse subvenir aux dépenses nécessitées par l'éducation du pupille. Aussi, dans le cas de Ménéclès, l'orateur considère-t-il comme blâmable le fait que les fermages n'avaient point été payés régulièrement [6].

(1) Isée, *De Menecl. her.*, § 9.
(2) Cf. Schultess, p. 149; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 362-363.
(3) V. Caillemer, *Louage*, p. 10; Euler, *De locatione, conductione*, p. 15.
(4) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 59.
(5) Cf. Schulthess, p. 156-157; Ciccotti, p. 118.
(6) Isée, *De Menecl. her.*, § 28 : τόκοι δὲ πολλοῦ χρόνου συνεῤῥυηκότες ἦσαν αὐτῷ.

Pendant la durée de son bail, le locataire se trouve dans une situation juridique supérieure à celle d'un simple détenteur et il devient, en quelque sorte, le représentant du mineur, aux lieu et place du tuteur, relativement aux biens qu'il a pris en location. C'est lui qui, en conséquence, a le droit d'exercer les actions du mineur concernant ces biens [1]. L'exercice de ces actions paraît, du reste, être non seulement un droit, mais encore un devoir pour le locataire, de même que c'en serait un pour le tuteur à qui le locataire se trouve substitué [2].

Le locataire supporte-t-il les impositions qui grèvent la chose louée ? Il y a lieu de supposer que, dans les locations de biens de mineurs, comme dans les autres baux, une clause spéciale du contrat devait régler l'obligation des parties à cet égard et mettre les impositions soit à la charge du propriétaire, soit à celle du locataire. Il est probable toutefois que, dans le silence du contrat, les impôts devaient être payés par le mineur bailleur. Une solution analogue est admise par plusieurs textes où il s'agit de la location des biens d'une corporation, et dans lesquels le locataire est exempté des impositions [3]. Or il est assez rationnel d'assimiler, à cet égard, la location des biens de mineurs à celle des biens d'une corporation. On doit donc admettre que, suivant les expressions du règlement du Pirée, les mineurs μισθοῦσιν ἀνεπιτίμητα καὶ ἀτελῆ [4].

La bonne administration et la restitution des biens du pupille par le locataire sont garanties par des sûretés spéciales que celui-ci doit fournir. En quoi consistent ces sûre-

(1) Isée, *De Hagn. her.*, § 34.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 363; Ciccotti, p. 118. Cf. Schulthess p. 147, note.

(3) V. Règlement du Pirée, *Corp. insc. att.*, II, nº 1059; Contrat d'Aixoné *ibid.*, nº 1055. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 204.

(4) Schulthess, p. 167-168. Cf. Caillemer, *Louage*, p. 12. V. *infra*, Contrat de louage.

tés ? On dit que ce sont toujours des sûretés foncières, des hypothèques [1]. La constitution d'une hypothèque est, sans doute, la garantie la plus solide que le locataire puisse fournir au mineur. Ce n'est point cependant, à notre avis, une raison suffisante pour dire que c'est la seule garantie qu'il puisse donner à son bailleur. Nous voyons, en effet, dans les inscriptions qui nous sont parvenues concernant des contrats de louage ordinaires, que c'est au moyen de cautionnements que le locataire garantit l'exécution de ses obligations. Il en est ainsi, notamment, pour toutes les locations consenties par l'Etat ou par les temples [2]. Aussi estimons-nous que le locataire pourrait, à défaut d'immeubles sur lesquels il puisse constituer une hypothèque, offrir des cautions, à la condition que l'archonte juge cette garantie suffisante [3]. Mais, nous le reconnaissons, c'est, en règle, une sûreté immobilière que le locataire est tenu de donner au mineur. Cela résulte de ce passage d'Aristote où, définissant les attributions de l'archonte en notre matière, l'auteur de la *Constitution des Athéniens* nous dit : μισθοῖ δὲ καὶ τους οἴκους τῶν ὀρφανῶν... καὶ τὰ ἀποτιμήματα λαμβάνει [4].

La sûreté foncière fournie par le locataire se nomme ἀποτίμημα. Des experts, nommés ἀποτιμηταί, sont, en conquence, désignés par l'archonte afin de procéder à la visite et à l'estimation des fonds que le locataire propose comme garantie, et de déclarer si, d'après leur évaluation, le gage offert suffit pour protéger le mineur contre la garantie d'une mauvaise gestion. Cette estimation est désignée par l'expression ἀποτιμᾶσθαι, et, pour indiquer la constitution de gage par le locataire, on emploie l'expression ἀποτιμᾶν [5].

(1) Schulthess, p. 157 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 731. Cf. Hitzig, p. 38.

(2) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 267 et s.

(3) Cf. Caillemer, *Louage*, p. 25.

(4) C. 56.

(5) Harpocration, v° ἀποτιμηταί καὶ ἀποτίμημα καὶ ἀποτιμᾶν καὶ τὰ ἀπ' αὐτῶν· οἱ μισθούμενοι τοὺς τῶν ὀρφανῶν οἴκους παρὰ τοῦ ἄρχοντος ἐνέχυρα τῆς

L'ἀποτίμημα consiste en un immeuble, ainsi que cela résulte de ces mots qui se trouvent dans la définition précitée d'Harpocration : τὸν ἄρχοντα ἐπιπέμπειν τινὰς ἀποτιμησομένους... οἱ δὲ πεμπόμενοι, ce qui signifie que les experts sont envoyés par l'archonte sur les lieux mêmes. S'il s'était agi, au contraire, d'un gage mobilier, le locataire aurait dû l'apporter dans le local où l'on procédait à l'adjudication [1].

Abstraction faite des hypothèques qui nous sont révélées par les ὅροι dont nous parlerons ultérieurement, nous trouvons dans les plaidoyers d'Isée deux cas d'ἀποτιμήματα constitués au profit de mineurs par les locataires de leurs biens. Ainsi l'on voit, dans le plaidoyer pour l'héritage de Ménéclès [2], que celui-ci, locataire des biens du fils mineur de Nicias, et n'ayant pas d'argent pour payer ses fermages en retard, voulut vendre un de ses immeubles. Mais il en fut empêché par le mineur, par le motif que cet immeuble lui avait été constitué en ἀποτίμημα et qu'en conséquence, Ménéclès devait le lui céder. Le second cas est celui auquel nous avons déjà fait plusieurs fois allusion, d'Androclès et d'Antidoros qui viennent demander à l'archonte, au nom des enfants dont ils se prétendent les tuteurs, de μισθοῦν τοὺς οἴκους... ὡς ὀρφανῶν ὄντων, ἐπὶ τοῖς τούτων ὀνόμασι τὰ μὲν μίσθω θείη τῆς οὐσίας, τὰ δὲ ἀποτιμήματα καταστaθείη καὶ ὅροι τεθεῖεν ζῶντος ἔτι τοῦ Εὐκτήμονος [3].

μισθώσεως παρείχοντο· ἔδει δὲ τὸν ἄρχοντα ἐπιπέμπειν τινὰς ἀποτιμησομένους τὰ ἐνέχυρα. τὰ μὲν οὖν ἐνέχυρα τὰ ἀποτιμώμενα ἐλέγοντο ἀποτιμήματα, οἱ δὲ πεμπόμενοι ἐπὶ τῷ ἀποτιμήσασθαι ἀποτιμηταί, τὸ δὲ πρᾶγμα ἀποτιμᾶν.... ἐλέγετο δὲ ὁ μὲν δοὺς τὸ ἀποτίμημα ἐνεργητικῶς ἀποτιμᾶν, ὁ δὲ λαβὼν ἀποτιμᾶσθαι. Pollux, VIII, 142 : ἀποτίμημα δ' ἐστὶν οἷον ὑποθήκη, κυρίως μὲν πρὸς τὴν προῖκα, ἤδη δὲ καὶ πρὸς τὰς μισθώσεις. Cf. Suidas, v° ἀποτιμηταί ; Hésychius, v° ἀποτιμήματα ; Schulthess, p. 158. La différence faite par Harpocration entre les mots ἀποτιμᾶν et ἀποτιμᾶσθαι se trouve confirmée par les plaidoyers de Démosthène contre Onetor (I, §§ 28 et 29), et contre Spoudias (§§ 5 et 19).

(1) Hitzig, p. 38.

(2) Isée, *De Menecl. her.*, § 28.

(3) Isée, *De Philoct. her.*, § 36. Cf. sur l'interprétation de ce texte, assez obscur : Platner, *Process*, II, p. 281, note ; Schulthess, p. 159-160. On pourrait peut-être

Le locataire des biens du mineur peut, au lieu de constituer une hypothèque proprement dite sur un de ses immeubles, arriver au même résultat par le moyen d'une vente à réméré. Mais c'est là un procédé exceptionnel [1], que le mineur n'a pas lieu, du reste, de critiquer, car il lui fournit une sécurité plus grande encore que l'hypothèque.

Les textes ne précisent point la valeur du gage hypothécaire que le locataire doit fournir au pupille, et l'on peut se demander si ce gage doit garantir seulement le paiement des loyers et des fermages ou si, au contraire, il doit être égal à la valeur en capital des biens loués. On a fait valoir, en faveur de cette seconde interprétation, un argument d'analogie tiré de ce qui a lieu en matière de dot. Nous avons vu que le mari, bien qu'il ne devienne pas propriétaire des corps certains compris dans la dot et qu'il ne puisse les aliéner sans le consentement de sa femme, n'en doit pas moins fournir un gage d'une valeur égale au capital même des biens dotaux [2]. On en a conclu qu'il doit en être de même pour le locataire du mineur, bien qu'il ne devienne pas non plus propriétaire des biens du pupille. On argumente également en ce sens d'un contrat de louage de certains domaines appartenant au dème du Pirée [3], où il est dit des locataires qu'ils doivent καθιστάναι ἀποτίμημα τῆς μισθώσεως ἀξιόχρεων [4]. Cette opinion nous paraît cependant fort contestable. Harpocration, en effet, lorsqu'il parle de l'hypothèque que le locataire doit fournir, dit simplement qu'elle

voir un autre cas d'ἀποτίμημα dans un fragment d'Isée (130, Sauppe) ; mais il n'est pas certain qu'il s'agisse de la μίσθωσις οἴκου d'un pupille. Cf. Schulthess, p. 159, note 1.

(1) Nous en avons un exemple dans une inscription d'Eleusis, Ἐφημερὶς ἀρχαιολογική, 1883, p. 147 : Ὅρος χωρίου πεπραμένου ἐπὶ λύσει παιδὶ Καλλιστράτου Η. On peut toutefois douter que cet ὅρος se réfère a une μίσθωσις οἴκου. Cf. Hitzig, p. 38.

(2) V. *supra*, t. I, p. 333.

(3) *Corp. inscr. att.*, II, nº 1059, l. 4 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 236.

(4) Schulthess, p. 166.

doit être ἐνέχυρα τῆς μισθώσεως [1], c'est-à-dire qu'elle doit garantir la μίσθωσις. Or, ce mot s'applique plutôt aux fermages qu'au capital même des biens loués. Ainsi on voit dans Isée les expressions : καὶ λαμβάνων μίσθωσιν ὀγδοήκοντα μνᾶς [2], ou ἀποδεδωκότι τὰς μισθώσεις [3], et dans Démosthène, τὰς μισθώσεις κομίζεσθαι [4]. Il est plus équitable, du reste, de restreindre, en principe, l'hypothèque à la garantie des fermages, car le mineur demeure propriétaire des corps certains affermés. L'analogie que l'on invoque de l'hypothèque dotale n'est point décisive, car les textes qui parlent de cette hypothèque disent formellement qu'elle doit être ἐνέχυρον τι τῆς προικὸς ἄξιον, tandis qu'ici Harpocration parle simplement de la garantie de la μίσθωσις. On ne saurait donc non plus, en raison du sens ordinaire de ce mot, attribuer aucune valeur à l'argument tiré du contrat de louage des biens du dème du Pirée. Ce n'est point à dire, cependant, que le gage hypothécaire ne doive jamais être supérieur au montant des fermages éventuels. Tout dépend, à notre avis, des circonstances. Si la location comprend des objets mobiliers ou des immeubles susceptibles d'être facilement détériorés par le locataire, l'archonte, souverain appréciateur des faits, peut exiger du locataire un ἀποτίμημα d'une valeur plus considérable.

Les biens hypothéqués par le locataire demeurent évidemment sa propriété et c'est lui qui également, comme dans tout autre cas d'hypothèque, en conserve la jouissance et perçoit les fruits des immeubles affectés à la garantie du mineur. Il ne s'agit point ici d'une antichrèse au profit du mineur, celui-ci percevant les fruits du gage et les imputant sur les fermages. Le locataire ne peut être dessaisi de la possession des biens par lui engagés que dans le cas où la

(1) V. *supra*, p. 252, note 5.
(2) Isée, *de Dicaeog. her.*, § 11.
(3) Isée, fr. 130 (Sauppe).
(4) Démosthène, *C. Spud.*, § 5.

sûreté qu'il a donnée revêt la forme d'une vente à réméré.

Le droit attique, malgré la faveur dont il entoure la créance du pupille contre le locataire de ses biens, n'a point cependant dérogé à la règle générale qui soumet toutes les hypothèques à la condition de la publicité. En conséquence, des ὅροι, c'est-à-dire des enseignes ou bornes doivent être placées sur les biens hypothéqués par le locataire afin de révéler aux tiers l'existence d'un droit réel au profit du mineur. L'établissement de ces ὅροι, simplement facultatif lors des constitutions ordinaires d'hypothèques, est obligatoire lors de la μίσθωσις οἴκου [1]. Plusieurs de ces ὅροι nous sont parvenus. Ils sont rédigés dans la forme suivante : ὅρος χωρίου καὶ οἰκίας ἀποτίμημα παιδὶ ὀρφανῷ Διογείτονος Προβαλισίου [2]. Les mentions qui se trouvent sur ces ὅροι sont d'ailleurs semblables à celles que l'on rencontre sur les autres enseignes hypothécaires [3].

Outre la garantie résultant de l'hypothèque, et qui se réalise par la saisie du gage fourni par le locataire, le pupille est encore protégé contre celui-ci par des actions personnelles. Le pupille pourrait, en conséquence, d'après certains auteurs [4], agir contre le locataire d'abord, pendant sa

(1) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 693 ; Schulthess, p. 161.

(2) *Corp. inscr. att.* II, n° 1135. V. *ibid.*, nos 1106, 1107, 1114 et 1153. Euler (*loc. cit.*) considère comme établi a l'occasion d'une μίσθωσις οἴκου un ὅρος cité au *Corp. inscr. att.*, n° 1138 et ainsi rédigé : Ἐπὶ Νικοκλέους ἄρχοντος ὅρος χωρίων καὶ οἰκίας καὶ τοῦ ὕδατος τοῦ προσόντος τοῖς χωρίοις κλήρων δυεῖν ἀποτετιμημένων παισὶν ὀρφανοῖς τοῖς Χαρίου ἰσοτελοῦς Χαιρίππῳ καὶ Χαρίᾳ. Mais on peut expliquer cet ὅρος autrement en supposant que Charias, le défunt, laissait, outre des fils mineurs, nommés Charippos et Charias, des fils déjà majeurs. Lors du partage de la succession, ceux-ci ne payèrent point aux premiers la part qui leur revenait ; aussi les immeubles héréditaires (κλῆροι) recueillis par les enfants majeurs étaient-ils grevés d'une hypothèque au profit des mineurs. V. ces différentes inscriptions *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 108. Une autre hypothèque de mineur est signalée *in Miltheilungen*, XIII (1888), p. 343. Cf. Hitzig, p. 67.

(3) Cf. Schulthess, p. 165-166 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 128 et s.

(4) Meier et Schœmann, *Attische Process*, 1e éd. p. 532 ; Caillemer, *Louage*, p. 26.

minorité, par la κακώσεως γραφή et, après sa majorité, par la μισθώσεως δίκη. Mais, abstraction faite des cas où elle constituerait une véritable κάκωσις, l'inexécution par le locataire des obligations qu'entraîne à sa charge le contrat de bail ne nous paraît être assurée que par les actions ordinaires naissant de ce contrat, notamment par l'ἐνοικίου δίκη [1]. Ces actions nous semblent pleinement suffire à la garantie des droits du mineur et, pour le même motif, nous rejetons la possibilité d'une δίκη βλάβης contre le fermier négligent [2].

On a même prétendu que le mineur a le droit de s'en prendre à son tuteur et qu'il peut forcer celui-ci à agir contre le fermier, au moyen d'une action βλάβης, afin d'obtenir de lui satisfaction [3]. Mais cette solution est fort contestable, et cela pour deux raisons. La première est que le tuteur est tout à fait étranger au choix du locataire et, dès lors, il y aurait injustice à le rendre responsable d'une nomination qui n'est pas son œuvre. La seconde raison, donnée par Caillemer [4], c'est qu'à partir de la location le tuteur n'est plus le représentant du mineur relativement aux biens loués, car, ainsi que nous l'avons vu, c'est le locataire lui-même qui doit figurer dans les instances concernant ces biens. On ne voit donc pas comment le tuteur aurait qualité pour agir de son côté.

Lors de la majorité du pupille, le locataire est tenu de restituer les biens qu'il a affermés et de justifier du paiement des fermages, ainsi que nous le verrons ultérieurement.

(1) Cf. Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 727, note 710; Schulthess, p. 195, note et p. 213 note.
(2) Cf. Schulthess, p. 239, note 1.
(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 727.
(4) Caillemer, *Contrat de louage*, p. 26.

§ 4. — *Fin de la tutelle.*

(a) Causes d'extinction de la tutelle.

La tutelle des impubères prend fin soit *a parte pupilli*, soit *a parte tutoris*, c'est-à-dire par suite de causes se réalisant dans la personne du pupille ou dans la personne du tuteur.

1° *A parte pupilli*.— Lorsque la tutelle prend fin *a parte pupilli*, elle cesse d'une manière définitive. Il en est ainsi : (a) lorsque le pupille devient majeur ; (b) lorsqu'il meurt avant d'avoir atteint sa majorité ; (c) lorsqu'il retombe en puissance paternelle par l'effet d'une adoption opérée du consentement de son tuteur.

Le mineur, comme nous l'avons vu, devient majeur à dix-huit ans accomplis, et, après avoir été présenté au dème et admis par les démotes, il est inscrit sur le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον. C'est naturellement au tuteur que revient le soin de présenter son pupille à l'assemblée des démotes et de veiller à ce qu'il soit inscrit sur le registre du dème. Il peut toutefois en être autrement, surtout quand le pupille vit en mauvaise intelligence avec son tuteur et que celui-ci a intérêt à retarder l'inscription. Tel est le cas de Démosthène qui ne fut assisté au moment de sa majorité ni par Aphobos, ni par aucun autre de ses tuteurs, et qui fut présenté au dème de Péanée par un certain Philodémos [1].

La déclaration de majorité n'est soumise, ainsi que nous l'avons établi, qu'aux conditions fixées par la loi (âge et naissance d'un père et d'une mère citoyens). Elle n'est nullement subordonnée, au point de vue de la jouissance des droits civiques, à un examen corporel quelconque, à une δο-

(1) Eschine, *De fals. leg.*, § 150. Cf. Van den Es, p. 188 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 560 ; Schulthess, p. 174.

δοκιμασία εἰς ἄνδρας. On peut toutefois se demander si, au point de vue de la jouissance des droits civils, et spécialement en ce qui concerne le droit d'exiger la restitution de ses biens et d'en avoir la libre administration, le mineur, bien qu'arrivé à l'âge de dix-huit ans accomplis, ne doit pas subir un examen pour qu'on sache s'il est apte à gérer sa fortune. L'existence de cette docimasie spéciale, nommée δοκιμασία ὀρφανῶν, est attestée par un lexicographe dans les termes suivants : δοκιμάζονται οἱ ἐφ' ἡλικίας ὀρφανοί εἰ δύνανται τὰ πατρῷα παρὰ τῶν ἐπιτρόπων ἀπολαμβάνειν [1]. Elle paraît, en outre, confirmée par un passage d'Aristide [2] où cet auteur nous dit, pour prouver la faiblesse d'esprit de Cimon, que ses tuteurs ne lui avaient pas remis immédiatement son patrimoine, et que la restitution n'en eut lieu que lorsque Cimon était déjà d'un âge assez avancé, μέχρι πόρρω τῆς ἡλικίας. Certains auteurs ont admis, en conséquence, que la restitution de la fortune du pupille peut être différée si celui-ci n'est point jugé en état de l'administrer convenablement [3]. L'existence de cette docimasie nous paraît cependant tout au moins fort douteuse. Il est difficile, en effet, d'ajouter foi à l'indication d'un lexicographe concernant une institution à laquelle il n'est nullement fait allusion dans les procès de tutelle, et cependant assez nombreux, qui nous sont parvenus. Quant à l'allégation d'Aristide, elle est fort suspecte, si l'on songe que Cimon avait pour père un débiteur du fisc, et que, dès lors, il était impossible pour ses tuteurs de lui remettre une fortune qui n'existait pas [4]. Il se peut, sans doute, que le mineur n'ait point, même à dix-huit ans accomplis, la maturité d'esprit suffisante pour bien administrer son patrimoine. Mais y a-t-il là un obstacle suffisant à la restitution qui lui est légalement due par ses

(1) Lexic. Seg. (Bekker), I, p. 235.
(2) II, p. 152 (203).
(3) Schoemann-Galaski, I, p. 411; Meier, Schoemann et Lipsius, p. 556, note 222; Platner, *Process*, II, p. 283.
(4) Schulthess, p. 175-176.

tuteurs? Il est difficile de le croire. Que si cependant la faiblesse d'esprit du mineur laisse craindre qu'il ne dissipe à bref délai sa fortune, il existe un moyen spécial pour l'en empêcher, à savoir la δίκη παρανοίας dont nous parlerons ultérieurement.

Au surplus, en supposant qu'il ait existé, dans le droit attique, une ὀρφανῶν δοκιμασία spéciale, on pourrait l'expliquer en disant qu'elle consiste dans une enquête faite par les héliastes sur les ressources dont un orphelin peut disposer. Les fils des Athéniens morts sur le champ de bataille étaient, en quelque sorte, adoptés par l'Etat. Il ne pouvait toutefois être question d'attribuer une pension à ceux qui avaient une certaine fortune personnelle, mais seulement à ceux qui étaient dans le besoin. On comprend alors l'utilité d'une docimasie spéciale, confiée d'abord aux magistrats, puis aux tribunaux pour résoudre la question de savoir si l'on devait ou non accorder un secours à ces orphelins [1] [2].

2° *A parte tutoris.* Dans ce cas, la tutelle prend fin en ce sens que le tuteur cesse ses fonctions, mais elle continue pour le pupille qui doit être pourvu d'un nouveau tuteur. Les causes qui mettent fin à la tutelle *a parte tutoris* sont : — 1° La mort du tuteur. S'il existe plusieurs tuteurs, les tuteurs survivants continuent la gestion de la tutelle. Si le tuteur décédé était seul, il y a lieu à l'ouverture de la tutelle légitime, si c'était un tuteur testamentaire, à la dévolution de la tutelle aux parents du degré subséquent, si c'était un tuteur légitime [3], ou enfin à la nomination d'un autre tuteur par le magistrat, si c'était un tuteur datif ou s'il n'existe pas

(1) Wilamowitz-Mœllendorf, *Philol. Untersuch.*, I, p. 26; Schulthess, p. 36-38; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dokimasia*, p. 328.

(2) Le prolongement de la minorité par le moyen d'une curatelle est étranger au droit attique. V. *supra*, t. II, p. 125.

(3) On voit ainsi, dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Cléonyme (§ 12), qu'après la mort de Dinias, Cléonyme, le plus proche parent après lui, a pris la tutelle et emmené le pupille dans son domicile.

d'autres parents du pupille. Platon qui, dans son *Traité des Lois* [1], prévoit cette hypothèse, décide que les plus proches parents paternels et maternels, jusqu'au degré de cousins issus de germains, doivent, dans les dix jours, constituer un autre tuteur, sinon ils seront punis d'une amende d'une drachme par chaque jour de retard. Les règles ainsi proposées par le philosophe ne concordent ici nullement avec les dispositions du droit positif. — 2° L'incapacité du tuteur survenue au cours de la tutelle. Tel est le cas où le tuteur est frappé de démence, ou bien perd la liberté, ou même, dans une opinion, la cité. — 3° La perte par le tuteur de ses droits d'agnation, s'il se fait adopter dans une autre famille. Mais, en ce cas, la tutelle légitime seule prend fin, car il n'y a là aucun motif pour entraîner la cessation des fonctions du tuteur testamentaire ou du tuteur datif. — 4° Le fait par le tuteur de faire agréer une excuse par le magistrat, si l'on admet que l'archonte ait le pouvoir d'excuser de la tutelle [2]. — 5° La destitution du tuteur. Cette destitution est, à notre avis, la conséquence nécessaire de la condamnation du tuteur à la suite de l'εἰσαγγελία κακώσεως intentée contre lui. Il serait étrange, en effet, qu'un tuteur pût rester en fonctions alors qu'il a été convaincu de κάκωσις. C'est, du reste, ce qui résulte manifestement du plaidoyer d'Isée sur l'héritage d'Hagnias, où Théopompe déclare que son cotuteur ne l'a poursuivi par voie d'εἰσαγγελία κακώσεως que pour devenir maître de tous les biens du pupille et pour l'écarter de la tutelle.

b. *Compte de tutelle.*

Dans tous les cas d'extinction de la tutelle, le tuteur est tenu de rendre compte de sa gestion et, si la tutelle prend

(1) *Leges*, VI, p. 766, c.

(2) V. *supra*, p. 194.

(3) Isée, *De Hagn. her.*, § 31 : ἐλπίζει χρήματα λήψεσθαι καὶ ἐμὲ τῆς ἐπιτροπῆς ἀπαλλάξειν. Cf. Schulthess, p. 188.

fin par la majorité du pupille, cette reddition de compte est accompagnée de la remise du patrimoine au pupille. Il n'y a d'exception à la règle que dans le cas où le patrimoine du pupille a été affermé par une μίσθωσις οἴκου, car le pupille agit alors directement, après sa majorité, contre le locataire de ses biens, pour en obtenir la restitution.

Le mineur, aussitôt après avoir été inscrit sur le registre du dème, peut demander à son tuteur de rendre ses comptes, λόγον ἀπαιτεῖν [1], ainsi que le prouve l'exemple célèbre de Démosthène. L'expression technique pour désigner ce compte est celle de λόγος τῆς ἐπιτροπῆς [2]. On trouve aussi les expressions λογισμός [3], ou même simplement λόγος [4]. On dit alors du tuteur qui rend compte, λόγον ἀποδιδόναι [5], λόγον δοῦναι [6] ou λόγον ἀποφέρειν [7].

Le mineur, avant de recevoir et d'approuver le compte de son tuteur, peut le critiquer, le discuter, διεξιέναι τὸν τῆς ἐπιτροπῆς λόγον [8]. On ne voit point que, pour cette discussion, l'ex-pupille ait dû être assisté d'une personne quelconque, et qu'elle ait dû avoir lieu en présence de l'archonte ou d'un autre magistrat. C'est ce qui résulte notamment du premier plaidoyer de Démosthène contre Aphobos, qui nous montre l'orateur discutant seul contre son tuteur [9]. Si le pupille accepte le compte, on dit de lui ἀποδέχεσθαι τὸν λόγον [10], ou κομίζεσθαι τὸν λόγον τῆς ἐπιτροπῆς [11].

(1) Démosthène, *C. Onet.* I, § 15.

(2) Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, §§ 14 et 15; *C. Aphob.*, I, § 39; *Pro Phorm.*, § 20.

(3) Lysias, *C. Diogit.*, § 19.

(4) Isée, fr. 30 (Sauppe).

(5) Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, § 15; *C. Aphob.*, I, § 48.

(6) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 46.

(7) *Ibid.*, § 34 et *C. Aphob.*, II, § 9.

(8) Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, § 19.

(9) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 50.

(10) *Ibid.*

(11) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 20.

La base la plus sûre du compte de tutelle fourni par le tuteur, c'est naturellement le testament du père de famille, s'il en a laissé un, car ce testament renferme ordinairement un inventaire des biens du testateur [1]. Aussi Démosthène dit-il à ses tuteurs que, s'ils avaient été honnêtes, ils auraient dû, aussitôt après le décès de son père, appeler des témoins et faire contre-sceller par eux le testament, afin qu'en cas de contestation on pût se reporter à cet écrit et y trouver la vérité [2]. A défaut de testament, on peut prendre pour base du compte de tutelle les registres ou notes trouvés au domicile du défunt [3]. Il est probable, d'ailleurs, que lors de l'ouverture de toute tutelle, à défaut d'inventaire dans le testament du père du pupille, on devait dresser sous la surveillance de l'archonte un inventaire des biens recueillis par le mineur [4].

Le compte de tutelle, lorsque c'est le tuteur qui a administré lui-même la fortune du mineur, doit contenir un état détaillé des recettes et des dépenses que le tuteur a faites pour le compte du pupille [5]. En ce qui concerne spécialement le chapitre des recettes (λῆμμα [6]), le tuteur doit y porter tous les revenus qu'il a pu tirer des biens du mineur. On a prétendu cependant, sur le fondement d'un passage de

(1) Il y a même des testaments qui, comme celui de Platon, cité par Diogène Laërce, ne sont guère autre chose qu'un inventaire. V. *supra*, p. 164.

(2) Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 5 et 6.

(3) On les nomme γράμματα ou γραμματεῖα. Il y est fait plusieurs fois allusion dans les plaidoyers des orateurs : Démosthène, *Pro Phorm.*, §§ 18 et 19 ; Lysias, *C. Diogit.*, § 7. Cf. Schulthess, p. 129.

(4) Schulthess, p. 129.

(5) Les plaidoyers de Démosthène contre ses tuteurs sont, sur ce point, une mine très précieuse de renseignements. V. sur les comptes de Démosthène : Vœmel, *in Rhein. Mus.*, 1845, p. 434 et s. ; Westermann, *Zeitsch. f. d. altert.* 1845, nos 97 et 98 ; Naber, *Mnemosyne*, I, p. 186 et s. ; Schæfer, *Demosth. u. s. Zeit*, I, p. 242 et s.; Fœrster, *in Jahrb. f. kl. Philol.*, 1874 (CIX) p. 345 et s.; Buermann, *ibid.*, 1875 (CXI), p. 811 et s.; Blass, *in Bursian's Jahresb.*, 1877, t. IX, p. 283 et s.

(6) Démosthène, *C. Aphob.* I, § 39.

Démosthène [1], que si des capitaux improductifs étaient convertis pendant la tutelle en capitaux productifs, le tuteur n'avait pas à rendre compte de ce nouveau revenu [2]. Mais il y aurait là, à notre avis, un enrichissement illégal et contraire au devoir général du tuteur, qui est de faire fructifier le plus possible les capitaux qu'il a entre les mains. Quant au passage en question de Démosthène, il ne renferme nullement la preuve de l'avantage qu'on veut attribuer au tuteur. L'orateur y dit, en effet, que ses tuteurs, s'ils ne voulaient pas louer son patrimoine, « pouvaient rendre productif le reste de sa fortune, une somme double de la première, prendre pour eux-mêmes, s'ils aimaient l'argent, mais avec mesure, une part des fruits et augmenter son patrimoine en joignant au capital le surplus des revenus ». On voit ainsi que Démosthène, même en faisant une concession à ses tuteurs, les considère comme tenus de rendre compte d'une partie des revenus nouveaux. Il serait étrange, du reste, que le tuteur qui, par exemple, ne trouve dans la succession que des capitaux non placés, ne dût aucun compte des revenus qu'il a pu faire produire à ces capitaux en les employant dans des opérations de prêt, de banque ou autres [3].

Quant aux dépenses (ἀνάλωμα [4]), le tuteur doit donner le détail de toutes celles qu'il a faites pour l'entretien et l'éducation du mineur ou pour la conservation des biens de celui-ci. Il doit porter également dans ce chapitre les impositions, telles que les εἰσφοραί qu'il a payées à l'Etat. En principe, toutes ces dépenses, de même que les recettes, doivent être indiquées non seulement pour chaque année, mais même pour chaque mois. C'est le meilleur moyen pour le tuteur de se justifier et d'écarter le soupçon d'infidélité.

(1) *Ibid.*, § 62.
(2) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 30, note 24.
(3) Lécrivain, *loc. cit.*, p. 731. Cf. Schulthess, p. 182, note 1.
(4) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 39 ; Lysias, *C. Diogit.*, § 20.

Aussi le pupille de Diogiton lui reproche-t-il vivement de n'avoir point indiqué ses dépenses par mois, ni même par année, mais en bloc, pour toute la durée de la tutelle que, dans l'espèce, il avait exercée pendant huit ans [1].

Le tuteur ne peut, du reste, porter dans le chapitre des dépenses aucune somme à titre de rémunération de ses peines, car la tutelle est gratuite. Il est seulement autorisé à retenir, sur les biens laissés par le père du pupille, ceux qui auraient pu lui être légués à titre d'indemnité, pour l'encourager à bien gérer le patrimoine du mineur, ou aussi, en quelque sorte, à titre de prime d'assurance contre son infidélité [2]. On pourrait même admettre que le père du pupille, s'il a une confiance absolue dans la probité du tuteur testamentaire qu'il donne à son enfant, aurait le droit de le dispenser de rendre compte [3].

C'est à l'époque de la cessation de ses fonctions seulement, c'est-à-dire, en principe, lors de la majorité du pupille, que le tuteur est tenu de rendre compte. Il ne saurait être question de comptes partiels qu'il aurait à rendre pendant le cours de la tutelle, par exemple, sous le contrôle de l'archonte. Cela résulte non seulement du silence gardé par les textes à ce sujet, mais encore de l'exemple précité de Diogiton qui n'a rendu son compte qu'après avoir exercé la tutelle pendant huit ans, sans que d'ailleurs l'orateur cherche à voir dans ce fait une illégalité : il critique seulement le détail du compte présenté par le tuteur.

Plusieurs plaidoyers prononcés à propos de procès de tutelle supposent toujours que c'est à l'époque de sa majo-

(1) Lysias, *C. Diogit.*, § 20 : οὐκ ἦν αὐτῷ κατὰ μῆνα οὐδὲ κατ' ἐνιαυτὸν γεγραμμένα, συλλήβδην δὲ παντὸς τοῦ χρόνου πλεῖον ἢ τάλαντον ἀργυρίου. Cf. Schulthess, p. 182.

(2) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 5. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 561 ; Ciccotti, p. 114 et 120.

(3) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 30, note 26, cite en ce sens un testament grec rapporté par Ulpien, au Digeste, l. 5, *De Administ. et peric. tut.* (XXVI, 7) où il est dit : eosque aneclogistos esse volo.

rité que le pupille doit recevoir son compte de tutelle [1]. Enfin Démosthène, dans un de ses plaidoyers contre Aphobos [2], laisse clairement entendre que jusqu'à cette époque le tuteur n'a pas de compte à rendre, lorsqu'il dit : ἐπειδὴ δεῖ λόγον αὐτὸν δοῦναι τούτων, autrement le présent δεῖ n'aurait pas de sens [3].

Le pupille, s'il approuve le compte présenté par son tuteur, lui donne décharge, διαλογισμός [4]. Puis a lieu la remise des biens, que l'on désigne ordinairement par l'expression παραδιδόναι [5], et à laquelle le tuteur n'est tenu, bien entendu, que s'il a administré personnellement les biens du pupille. Deux plaidoyers, l'un d'Isée [6], l'autre de Lysias [7], où il est question de l'extinction d'une tutelle à la suite d'une gestion directe du tuteur, ne nous donnent aucun renseignement sur la manière dont s'opère la restitution des biens. On peut toutefois supposer que, pour se mettre à

(1) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 20 : ἡνίχ' ὁ Πασικλῆς ἀνὴρ γεγονὼς ἐκομίζετο τὸν λόγον τῆς ἐπιτροπῆς. *C. Onet.*, I, § 15 : ἐγὼ δὲ εὐθέως μετὰ τοὺς γάμους δοκιμασθεὶς ἐνεκάλουν καὶ τὸν λόγον ἀπῄτουν. Cf. Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, § 15.

(2) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 46. V. d'ailleurs *infra*, p. 268 et s., sur le contrôle de l'archonte pendant la durée de la tutelle.

(3) Schulthess, p. 182-183 ; Hœlscher, *De Lysiæ vita et scriptis*, p. 119.

(4) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 23. Au § 60, l'orateur emploie le verbe correspondant διαλογίζεσθαι.

(5) Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 6, 36 et 63 ; *C. Aphob.*, II, §§ 7, 8 et 18 ; *C. Naus. et Xenop.*, §§ 14 et 15 ; Isée, fr. 29 (Sauppe) ; Aristote, *Polit.*, III, p. 1286, 25. A l'expression παραδιδόναι correspond l'expression παραλαμβάνειν pour désigner, à l'inverse, la réception par le tuteur des biens du mineur. Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, § 7 ; Lysias, *De bon. Aristoph.*, § 52 ; fr. 232, § 4 (Sauppe) ; Antiphon, fr. 69 (Sauppe). Cf. Schulthess, p. 180-181.

(6) Dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage d'Astyphile (§ 29), l'orateur dit, en parlant de ce dernier, qui est son beau-frère : ἐπεὶ τοίνυν ἐδοκιμάσθη ὁ ἀδελφός, ἀπέλαβε πάντα ὀρθῶς καὶ δικαίως.

(7) Dans le plaidoyer de Lysias contre Diogiton (§ 9), on voit ce dernier, quand l'aîné des fils de Diodotos, ses pupilles, a atteint sa majorité, convoquer ceux-ci, leur déclarer qu'il a dépensé pour leur éducation tout l'argent laissé par leur père, qu'il a même dû y mettre du sien ; il ajoute qu'ils doivent désormais ne compter que sur eux-mêmes et il les renvoie de sa maison.

couvert contre des réclamations ultérieures, le tuteur n'y procède qu'en présence de témoins capables d'attester, en cas de contestation, la consistance des biens remis au pupille. C'est ce que l'on peut induire d'un plaidoyer de Démosthène contre ses tuteurs dans lequel il demande à ceux-ci où ils lui ont remis sa fortune et devant quels témoins : δείξατε γὰρ ταύτην τὴν οὐσίαν, τίς ἦν καὶ ποῦ παρέδοτέ μοι καὶ τίνος ἐναντίον [1]. Pour le même motif, ainsi que nous le verrons, en cas de location des biens du pupille, le fermier restitue publiquement le capital et les intérêts dont il est débiteur. Nous savons du reste que, dans un cas analogue, celui de la restitution de la dot, on a soin de procéder à cette remise devant témoins [2].

Dans le cas où les biens du pupille ont été loués, le locataire lui restitue directement les biens affermés, sans que le tuteur ait ici à intervenir, car la location l'a rendu désormais tout à fait étranger à ces biens. Aussi, dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Ménéclès, l'orateur nous montre ce dernier, obligé de rendre leurs biens aux enfants mineurs de Nicias, dont il avait été le tuteur, les payant directement avec le produit de la vente d'un de ses immeubles [3].

Mais cette restitution par le fermier est-elle soumise à certaines formalités de publicité? Comme la location a lieu publiquement devant l'archonte, on pourrait croire que la présence de ce magistrat est également nécessaire pour la remise des biens affermés. Rien cependant n'autorise une semblable conclusion [4]. Tout au plus pourrait-on admet-

(1) Démosthène, *C. Aphob.*, II, § 7.

(2) Cf. Démosthène, *C. Onet.*, I, §§ 19 et s. Cf. Schulthess, p. 185. La restitution est, au surplus, présumée avoir été effectuée lorsque cinq années se sont écoulées depuis la création de la tutelle, car alors l'action de tutelle est prescrite. V. *infra*, p. 317.

(3) Isée, *De Menec. her.*, § 29 : καὶ οὕτω διαλύει τὸν ὀρφανόν.

(4) Van den Es, p. 190-191.

tre, avec certains auteurs, que la restitution doit avoir lieu publiquement, à l'agora, ou dans un autre lieu semblable [1]. Démosthène nous apprend, en effet, que Théogène de Probalinthe, qui avait loué la maison d'un pupille nommé Antidoros, lui compte dans l'agora la somme, capital et intérêts, dont il était son débiteur [2]. Sans doute il était prudent, pour le locataire comme pour le tuteur, de ne restituer qu'en présence de témoins les sommes dont ils étaient débiteurs. Mais nous ne croyons pas que le fermier fût obligé, pour être valablement déchargé, de le faire dans un lieu public. Si, dans le cas d'Antidoros, le paiement a été effectué dans l'agora, cela est assez naturel ; en effet, les Athéniens passaient la plus grande partie de leur vie dans l'agora, et ils y faisaient presque toutes leurs affaires, car c'est là que se trouvaient les banques. Démosthène pouvait d'ailleurs avoir de bons motifs pour citer un cas où la restitution s'était opérée dans l'agora, car peut-être quelques uns de ses juges y avaient-ils assisté. En tout cas, nous ne croyons pas à la nécessité d'une restitution dans l'agora ou dans tout autre lieu public [3].

§ 5. — *Garanties données au pupille contre le tuteur.*

1°. — Contrôle de l'archonte.

Du moment que la loi athénienne ne considérait plus l'exercice de la tutelle, de même que celui de la puissance paternelle, comme une pure affaire de famille, et qu'elle intervenait pour réglementer la délation et l'administration de la tutelle, elle devait logiquement confier à une autorité spé-

(1) Platner, *Process*, II, p. 283 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 561. Cf. Van den Es, p. 190-191.

(2) Démosthène, *In Aphob.*, I, § 58.

(3) Schulthess, p. 187 ; Van den Es, p. 191.

ciale le soin de veiller à l'application des règles qu'elle posait dans l'intérêt des mineurs. Cette autorité c'est, en principe, l'archonte éponyme. La protection des orphelins lui est formellement confiée par la loi célèbre citée dans le discours contre Macartatos et ainsi conçue : ὁ ἄρχων ἐπιμελείσθω τῶν ὀρφανῶν καὶ τῶν ἐπικλήρων καὶ τῶν οἴκων τῶν ἐξερημουμένων καὶ τῶν γυναικῶν, ὅσαι μένουσιν ἐν τοῖς οἴκοις τῶν ἀνδρῶν τῶν τεθνηκότων φάσκουσαι κυεῖν [1]. On peut dire, du reste, que d'une manière générale, tout ce qui a trait en droit de famille est placé sous la protection particulière de l'archonte. Les attributions de l'archonte sont toutefois dévolues au polémarque en ce qui concerne les orphelins fils de métèques [2].

L'archonte éponyme a-t-il, dans l'exercice de ces fonctions tutélaires, certains collaborateurs spéciaux, outre ses assesseurs habituels, les πάρεδροι ? Il y a une assez grande incertitude sur ce point. Démosthène, en parlant de ses tuteurs, dit : « Leurs torts envers moi étaient de notoriété publique, tant il y avait eu de discussions et de paroles échangées au sujet de mes affaires, soit devant l'archonte, soit *devant les autres* » [3]. On en a conclu qu'il existait, à côté de l'archonte éponyme, d'autres magistrats inférieurs partageant avec lui la surveillance et le contrôle des tutelles [4]. Mais cette conclusion est tout à fait conjecturale, car les autres magistrats auxquels l'orateur fait allusion peuvent

(1) Démosthène, *C. Macart.*, § 75. Cf. Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 58 ; Démosthène, *C. Lacrit.*, § 48 ; Lysias, *C. Evandr.*, § 12 ; Pollux, VIII, 89 ; Ulpien, *Schol. ad Demosth. c. Timocr.*, § 20.

(2) Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 58 : ...τοῖς μετοίκοις, καὶ τἄλλ' ὅσα τοῖς πολίταις ὁ ἄρχων, ταῦτα τοῖς μετοίκοις ὁ πολέμαρχος. Cf. Harpocration, v° πολέμαρχος.

(3) Démosthène, *C. Onetor.*, I, § 6 : τοσαῦται πραγματεῖαι καὶ λόγοι καὶ παρὰ τῷ ἄρχοντι καὶ παρὰ τοῖς ἄλλοις ἐγίγνοντο ὑπὲρ τῶν ἐμῶν.

(4) Schneisser, p. 20 ; Bremi, sur Démosthène, *C. Onet.*, I, § 6. Dareste, *Plaid. civ.* I, p. 85, note 1, dit à ce sujet : « On ne sait pas quelles étaient ces autres autorités qui se trouvent désignées ici à côté de l'archonte éponyme. »

très bien avoir été les assesseurs ordinaires de l'archonte. Il faut observer, en outre, que Démosthène, en disant simplement παρὰ τοῖς ἄλλοις, peut laisser supposer que les discussions dont il parle ont eu lieu non seulement devant un magistrat, mais aussi bien devant d'autres personnes quelconques, comme la discussion dont il est question au § 15 du même plaidoyer, et qui s'est passée entre Aphobos et Démocharès.

Il est question, d'autre part, dans un traité de Xénophon [1], écrit vers l'an 355 avant J.-C., d'ὀρφανοφύλακες. Cet auteur, recherchant la manière dont on pourrait améliorer la situation des métèques, propose la création de magistrats spéciaux, qualifiés de μετοικοφύλακες, et dont les attributions seraient analogues, dit-il, à celles des ὀρφανοφύλακες : καὶ εἰ μετοικοφύλακας γε ὥσπερ ὀρφανοφύλακας ἀρχὴν καθισταῖμεν. Ce texte semble ainsi attester l'existence, vers le milieu du IVe siècle, de magistrats spéciaux chargés de veiller sur les intérêts des orphelins. On n'est point d'accord cependant sur l'interprétation de ce passage. Les uns dénient toute autorité au texte de Xénophon en disant que les mots ὥσπερ ὀρφανοφύλακας ont été interposés par un glossateur quelconque [2]. Mais il nous paraît difficile d'écarter ainsi *a priori* un texte dont rien ne fait suspecter l'authenticité. On pourrait, avec plus de raison, contester l'existence d'ὀρφανοφύλακες spéciaux en disant que Xénophon a employé ici, comme il le fait souvent [3], un terme très général pour désigner l'archonte et ses parèdres, à qui revient le soin de veiller sur les orphelins, et que l'on peut, en quelque sorte, considérer

(1) Xénophon, *De vectigal.*, II, 7.
(2) Van den Es, p. 164-165.
(3) C'est ainsi que Xénophon (*Hellen.*, III, 3, § 6) en employant l'expression ὑπομείονες (subalternes) pour désigner les Spartiates ne jouissant pas de tous les droits civils, a fait naître une controverse sur le point de savoir si ces ὑπομείονες formaient une classe spéciale, distincte des Hilotes, des Néodamodes et des Périèques mentionnés simultanément par le même auteur.

comme formant un collège de pupilles. On pourrait ajouter, en ce sens, que, dans les nombreux plaidoyers prononcés par Démosthène contre ses tuteurs, quelques années avant la publication du traité de Xénophon, il n'est jamais fait la moindre illusion à des magistrats spéciaux, distincts de l'archonte et de ses assesseurs [1]. Si toutefois on tient pour authentique le passage en question de Xénophon, cette seconde interprétation peut soulever une objection. Les parèdres que le polémarque possède comme l'archonte, forment déjà, en effet, à côté de leur supérieur, des μετοικοφύλακες, ce qui n'empêche pas Xénophon de proposer la création de nouveaux magistrats. C'est donc que, d'après Xénophon, les ὀρφανοφύλακες doivent eux-mêmes se distinguer de l'archonte et de ses assesseurs. Aussi, dans une troisième opinion, qui nous paraît assez plausible, interprète-t-on le texte en question en disant que les ὀρφανοφύλακες sont des magistrats ou commissaires nommés par l'archonte soit à certaines époques, soit simplement pour la gestion de certaines tutelles, et ayant pour mission de surveiller les tuteurs et de prévenir les abus qu'ils pourraient commettre [2].

Outre les ὀρφανοφύλακες, d'autres auteurs mentionnent des ὀρφανισταί. Photius [3] définit ces ὀρφανισταί: ἀρχὴ ἐπὶ τῶν ὀρφανῶν ἵνα μηδὲν ἀδικῶνται. Le scholiaste de Sophocle [4] donne une

(1) Cf. Ciccotti, p. 112 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 357, note 442 et 553 note 199.

(2) Schulthess, p. 8; Lécrivain, *loc. cit.* p. 729. Cf. Hermann-Thalheim (4e édit.), p. 16, note 3. Dans sa troisième édition d'Hermann (p. 14, note 3), Thalheim enseignait que la surveillance des tutelles avait été primitivement confiée aux ὀρφανοφύλακες dont parle Xénophon (ou aux ὀρφανισταί dont nous allons parler) et qui auraient été ultérieurement remplacés par l'archonte. Mais cette conjecture est manifestement erronée, car l'archonte apparaît comme le protecteur des orphelins bien avant la publication du traité de Xénophon. Cf. Schulthess, p. 8, note 2.

(3) Vo ὀρφανισταί.

(4) *Ad. Aiac.*, v. 512. Le même scholiaste, v. 507, parle de χηρωσταί à qui aurait été spécialement confiée la protection des veuves, χηρωσταί οἱ τῶν χηρῶν ἐπίτροποι. Mais il est difficile d'accorder quelque autorité à cette affirmation,

semblable explication : ἡ τῶν ὀρφανῶν κρίνουσα ἀρχή. Suidas [1] donne du même mot plusieurs explications, disant d'abord : ὀρφανισταί εἰσιν οἱ τοὺς ὀρφανοὺς τρέφοντες, reproduisant, en second lieu, la définition du scholiaste, ἡ ὀρφανισταί ἀρχὴ Ἀθήνησι τὰ ὀρφανῶν κρίνουσα, et disant enfin que le mot ὀρφανισταί peut être une expression poétique employée par Sophocle pour désigner les ἐπίτροποι : ἡ ὀρφανιστῶν, τῶν τῆς ὀρφανίας ἐπιτρόπων. Nous ne pouvons, pour notre compte, accorder aucune autorité à ces textes, si l'on veut en déduire l'existence de magistrats spéciaux, distincts de l'archonte et de ses parèdres. Le scholiaste de Sophocle et Suidas sont, en effet, manifestement dans l'erreur quand ils attribuent aux ὀρφανισταί le jugement des procès de tutelle, car ces procès sont certainement de la compétence de l'archonte. Quant à Photius, en disant que les ὀρφανισταί sont chargés d'empêcher les injustices dont pourraient souffrir les pupilles, il a probablement voulu exprimer la même pensée que le scholiaste et Suidas, et l'on doit également dénier toute valeur au texte de Photius [2].

Réservant donc à l'archonte, ou à ses parèdres, en principe, le soin de protéger les intérêts des pupilles, nous avons à rechercher les différentes manières dont ils peuvent intervenir à cet effet dans la délation ou la gestion de la tutelle. En ce qui concerne d'abord la délation de la tutelle, nous avons vu comment l'archonte, outre le droit qu'il possède de nommer directement le tuteur dans certaines hypothèses, contrôle dans tous les cas la délation de la tutelle testamentaire ou légitime et confirme les tuteurs dans leurs fonctions [3].

car la protection des veuves, de même que celle des orphelins, était confiée à l'archonte. Cf. Schulthess, p. 9, note 1; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 357, note 442.

(1) V° ὀρφανισταί.

(2) Cf. Van den Es, p. 165; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 153, note 199; Schulthess, p. 9-10.

(3) V. *supra*, p. 183 et s.

Lorsque les biens du pupille sont mis en location, l'archonte intervient, ainsi que nous l'avons indiqué, pour contrôler les conditions de la μίσθωσις οἴκου [1]. Mais, une fois la location effectuée, on ne voit pas qu'il ait à contrôler la gestion du locataire : ce soin reviendrait plutôt au tuteur, comme représentant la personne du pupille.

Il est moins facile de préciser le rôle de l'archonte lorsque le tuteur administre personnellement le patrimoine du mineur. Certains auteurs enseignent que l'archonte exerce un contrôle permanent de la gestion du tuteur et, à cet effet, celui-ci serait tenu, pendant la durée de son administration, de rendre des comptes périodiquement à l'archonte [2]. Le texte qui sert de fondement à cette opinion est le passage précédemment cité de Démosthène, où l'orateur parle des τοσαῦται πραγματεῖαι καὶ λόγοι καὶ παρὰ τῷ ἄρχοντι καὶ παρὰ τοῖς ἄλλοις ἐγίγνοντο ὑπὲρ τῶν ἐμῶν [3]. Mais, à notre avis, ce texte n'autorise nullement la conclusion que l'on prétend en tirer. On ne peut, en effet, abstraction faite de la question assez obscure de savoir quels sont les ἄλλοι dont parle l'orateur, savoir en quoi ont consisté ces πραγματεῖαι καὶ λόγοι auxquels il fait allusion. Peut-être se réfère-t-il à des discussions qui ont eu lieu entre ses tuteurs et d'autres personnes qui, comme Démocharès [4], voulaient prendre les intérêts de Démosthène ou de sa mère. Peut-être y eut-il entre les cotuteurs des contestations sur lesquelles l'archonte fut appelé à se prononcer. En tous cas, on ne peut induire avec certitude du texte en question que l'archonte ait eu le con-

(1) V. *supra*, p. 239 et s.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 559 ; Schmeisser, p. 20-21 ; Hermann-Thalheim, p. 16, note 3 ; Westermann, *in Pauly's Realencycl.*, vº *Tutela.*— Suivant Cauvet (p. 440), le consentement de l'archonte serait exigé pour toute aliénation des biens du pupille. Mais cette opinion ne repose sur aucun texte.

(3) Démosthène, *C. Onet.* I., § 6. V. *supra*, p. 269.

(4) Démosthène, *In Aphob.*, § 15.

trôle permanent de la tutelle. Il nous semble plutôt que ce magistrat intervenait seulement en cas de divergence entre les tuteurs sur le mode de gestion ou lorsqu'il avait été saisi d'une plainte contre la gestion du tuteur. On ne saurait non plus admettre que celui-ci ait été tenu de rendre à l'archonte un compte périodique de son administration, car, ainsi que nous l'avons vu [1], c'est à l'époque de la majorité du pupille seulement que le tuteur doit satisfaire à son obligation de rendre compte [2].

L'archonte intervient, dans le cours de la tutelle, en sa qualité de protecteur officiel des orphelins, pour réprimer toute injure ou toute illégalité commise à l'égard du pupille et il a, à cet effet, le pouvoir soit de prononcer une amende contre le coupable, soit de la déférer au jury. Nous aurons à revenir sur ce point en étudiant l'εἰσαγγελία κακώσεως. Mais, quand la tutelle a pris fin, l'archonte n'a pas à intervenir dans la reddition de compte [3], ni dans la restitution du patrimoine du pupille, à moins qu'il ne s'engage un procès à cette occasion.

Ce n'est point seulement à Athènes que l'Etat se préoccupe d'assurer la protection des mineurs. Ainsi à Iasos, en Carie, en témoignage d'Héraclide de Pont, ἐπεσκόπουν καὶ τοὺς ὀρφανοὺς ὅπως παιδευῶνται καὶ τὰς οὐσίας αὐτοῖς ἀπεδίδοσαν εἴκοσιν ἐτῶν γενόμενοις [4]. Or cette surveillance devait vraisemblablement être exercée par des autorités spéciales [5]. On rencontre de même, à Gortyne, des ὀρπανοδικασταί [6], ou juges des orphelins, dont le nom rappelle celui des ὀρφανοφύλακες athéniens, et qui étaient probablement des magistrats chargés, d'une manière générale, sinon de la gestion même des

(1) *Supra*, p. 265.
(2) Cf. Schulthess, p. 127-128 et 183.
(3) Cauvet, p. 442.
(4) Héraclide de Pont, fr. 40 *in* Müller, *Frag. hist. græc.* II.
(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 557, note 208.
(6) Loi de Gortyne, XII, 21.

biens des mineurs, du moins de la surveillance des personnes à qui cette gestion était confiée [1].

Une inscription d'Ephèse [2] mentionne des συνορφανισταί à qui, ainsi qu'aux tuteurs, doit être donnée copie de certains actes de partage. Le caractère de ces συνορφανισταί n'est pas toutefois nettement déterminé. Les uns y voient simplement des cotuteurs [3]. Mais cette conjecture est peu admissible : si en effet, il s'était agi de cotuteurs, le texte aurait plutôt employé l'expression συνεπίτροποι que celle de συνορφανισταί, car il venait de désigner le tuteur par le mot ἐπίτροπος. Nous serions plutôt porté à voir dans les συνορφανισταί d'Ephèse des magistrats chargés, comme l'archonte athénien, de veiller d'une manière générale aux intérêts des pupilles, et d'intervenir spécialement, de même que l'archonte lors de la location des biens du mineur, dans les actes qui, comme ceux dont parle l'inscription, pouvaient avoir une grande importance pour le pupille. Cette intervention était, du reste, avantageuse au tuteur lui-même dont elle mettait la responsabilité à couvert [4].

Platon, lorsqu'il s'occupe, dans son *Traité des lois*, d'organiser la surveillance des tutelles, la confie, pour la rendre plus efficace, non plus à l'archonte lui-même, qu'il estime trop absorbé par ses multiples attributions, mais à un collège spécial, composé des quinze plus anciens νομοφύλακες [5],

(1) Cf. Schulthess, p. 11-12 ; Bücheler et Zitelmann, p. 133 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 476.

(2) Dittenberger, *Sylloge*, n° 344, l. 29 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 32, l. 29.

(3) Dareste *in Nouvelle Revue historique*, 1877, p. 161 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 44.

(4) Hermann-Thalheim, p. 158, note ; Schulthess, p. 10-11.

(5) Platon, *Leges*, XII, p. 924, c. : καὶ πάσης τῆς ἐπιτροπῆς καὶ τῶν ὀρφανῶν πεντεκαίδεκα τῶν νομοφύλακων οἱ πρεσβύτατοι πάντων ἐπιμελείσθων ἀεὶ κατα πρέσβιν καὶ κατὰ τρεῖς διελόμενοι σφᾶς αὐτούς, κατ' ἐνιαυτὸν τρεῖς καὶ κατ' ἐνιαυτον ἄλλον ἕτεροι τρεῖς, ἕως ἂν αἱ πέντε περίοδοι γίγνωνται κύκλῳ, καὶ τοῦτο ἐκλιπέτω μηδέποτε κατὰ δύναμιν.

magistrats qui sont manifestement une création du philosophe tout à fait étrangère au droit attique et à qui, d'une manière générale, il attribue le soin de régler toutes les difficultés qui peuvent naître dans l'intérieur de la famille.

2° — Des actions de tutelle.

Les actions établies dans le but de sauvegarder les intérêts du mineur peuvent se diviser en deux catégories, suivant qu'elles sont intentées pendant la minorité du pupille ou qu'elles ne sont possibles qu'après qu'il a atteint sa majorité. Dans les actions de la première catégorie se rangent: 1° l'εἰσαγγελία κακώσεως ouverte à toute personne contre le tuteur qu'elle accuse d'une lésion à l'égard du pupille, soit quant à sa personne, soit quant à ses biens ; 2° la φάσις μισθώσεως οἴκου, qui n'est qu'un cas particulier de l'action précédente et qui a pour objet d'assurer l'exécution par le tuteur des obligations que la loi lui impose relativement à la location des biens du mineur. La seconde catégorie comprend: 1° la δίκη ἐπιτροπῆς, qui a pour objet de forcer le tuteur à rendre ses comptes ou de critiquer ceux qu'il présente; 2° l'action βλάβης, qui peut être intentée contre les héritiers du tuteur pour obtenir la réparation du préjudice que celui-ci a causé au pupille.

A. — Εἰσαγγελία κακώσεως.

L'auteur du discours contre Macartatos cite une loi où les attributions de l'archonte éponyme, considéré comme protecteur officiel des orphelins, sont ainsi définies : ὁ ἄρχων ἐπιμελείσθω τῶν ὀρφανῶν... καὶ μὴ ἐάτω ὑβρίζειν μηδένα περὶ τούτους, ἐὰν δέ τις ὑβρίζῃ ἢ ποιῇ τι παράνομον· κύριος ἔστω ἐπιβάλλειν κατὰ τὸ τέλος. ἐὰν δὲ μείζονος ζημίας δοκῇ ἄξιος εἶναι· προσκαλε-

σάμενος πρόπεμπτα καὶ τίμημα ἐπιγραψάμενος, ὅ τι ἂν δοκῇ αὐτῷ, εἰσαγέτω εἰς τὴν Ἡλιαίαν· ἐὰν δ'ἁλῷ· τιμάτω ἡ Ἡλιαία περὶ τοῦ ἁλόντος, ὅ τι χρὴ αὐτὸν παθεῖν ἢ ἀποτῖσαι [1]. L'archonte peut donc d'abord frapper d'une amende quiconque se rend coupable d'injure envers un orphelin, c'est-à-dire le maltraite dans sa personne ou dans ses biens. On n'est point d'accord toutefois sur ce pouvoir que la loi lui accorde d'ἐπιβάλλειν κατὰ τὸ τέλος. On admet, dans une opinion [2], que cette amende de police, ou ἐπιβολή, que ce magistrat a ainsi le droit d'infliger sans jugement [3], peut être proportionnelle à la fortune du délinquant. Mais il est difficile d'admettre qu'un magistrat ait le droit de prononcer seul une amende aussi élevée qu'elle pourrait l'être dans cette interprétation. On propose, en conséquence, dans une autre opinion, de traduire les mots κατὰ τὸ τέλος par « selon les pouvoirs de l'archonte, dans les limites que lui fixe la loi [4] ». L'archonte ne pourrait alors, par analogie d'une loi qui fixe à 50 drachmes le maximum de l'amende que les parèdres peuvent infliger à l'orateur [5], prononcer une amende supérieure à ce chiffre. Toutefois cette seconde interprétation peut prêter également à la critique, car étant données les habitudes de la langue officielle, il semble que le législateur, s'il avait voulu parler du pouvoir de l'archonte d'infliger une amende « dans les limites fixées par la loi», aurait rendu cette idée par l'expression κατὰ τοὺς νόμους plutôt que par celle κατὰ τὸ τέλος [6].

Lorsque le délit commis à l'égard du pupille mérite une répression plus sévère qu'une simple amende, l'archonte peut le déférer au tribunal des Héliastes. Ce n'est point, du reste, l'archonte seul qui a ainsi le droit de poursuivre :

(1) Démosthène, *C. Macart.*, § 75.
(2) Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 49 et p. 57 note 39.
(3) V. sur l'ἐπιβολή, Haussoulier, *in* Daremberg et Saglio, vº *Epibolè*.
(4) Haussoulier, *loc. cit.*, p. 657.
(5) Eschine, *C. Timarch.*, § 35.
(6) Cf. Guiraud, p. 326, note 1.

tous les citoyens jouissent du même privilège et peuvent prendre en mains les intérêts du mineur en intentant l'εἰσαγγελία κακώσεως, action qui correspond au *crimen suspecti tutoris* autorisé par la loi des XII Tables contre le tuteur qui, au cours de la tutelle, se rend coupable à l'égard du pupille de dol ou de négligence grossière.

Cet emploi de l'εἰσαγγελία peut paraître singulier, si l'on songe que cette procédure, considérée comme si redoutable pour les accusés, n'était originairement employée que contre les infractions les plus graves dans l'ordre politique. Il s'explique cependant quand on voit comment le νόμος εἰσαγγελτικός avait peu à peu été étendu à des hypothèses qui n'étaient certainement point entrées dans la pensée des auteurs de cette loi. C'est ainsi que, sous le prétexte que Lycophron a cherché à détourner une jeune femme de ses devoirs envers son mari, Lycurgue procède contre lui par une εἰσαγγελία, comme s'il voyait dans l'accusé un destructeur des institutions politiques de la cité [1]. On devait, dès lors, être amené tout naturellement à autoriser l'εἰσαγγελία contre ceux qui se rendaient coupables de κάκωσις envers les orphelins, car ceux-ci sont placés sous la protection spéciale de l'Etat, et toute infraction commise à leur préjudice peut être considérée comme portant atteinte indirectement aux intérêts de l'Etat [2].

Par suite, la loi facilite singulièrement l'exercice de l'εἰσαγγελία dans l'intérêt des mineurs, comme aussi dans l'intérêt des filles épiclères à l'égard desquelles l'Etat dé-

(4) Hypéride, *Pro Lycophr*, § 9.

(1) Cf. Schulthess, p. 191-192. V. sur le caractère et les règles des différentes εἰσαγγελίαι : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 312 et s.; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eisaggelia*. Le caractère exceptionnel de l'εἰσαγγελία κακώσεως ressort notamment de ce passage de Lysias, *Pro Mantith.*, § 12 : οὐδεὶς ἂν ἀποδεῖξαι περὶ ἐμοῦ δύναιτο οὔτε δίκην αἰσχρὰν οὔτε γραφὴν οὔτε εἰσαγγελίαν γεγενημένην· καίτοι ἑτέρους ὁρᾶτε πολλάκις εἰς τοιούτους ἀγῶνας καθεστηκότας.

ploie également une sollicitude particulière [1]. Ainsi d'abord tout citoyen peut l'intenter, comme cela résulte notamment du témoignage d'Harpocration, v° κακώσεως· δίκης [2] ὄνομά ἐστι ταῖς τε ἐπικλήροις [3] κατὰ τῶν γεγαμηκότων καὶ κατὰ τῶν παίδων τοῖς γονεῦσι καὶ κατὰ τῶν ἐπιτρόπων τοῖς ὑπὲρ τῶν ὀρφανῶν... ὅτι δὲ ἐξῆν καὶ παντὶ τῷ βουλομένῳ γράφεσθαι κακώσεως γονέων καὶ ταῖς ἐπικλήροις βοηθεῖν, δηλοῦται ἐν κτλ [4]. Dans cette dernière phrase, Harpocration ne mentionne, il est vrai, que le cas de κάκωσις γονέων et celui de κάκωσις ἐπικλήρων. Mais il est certain que la règle qui donne τῷ βουλομένῳ le droit de poursuivre est applicable à tous les cas de κάκωσις. Si le lexicographe ne mentionne pas les orphelins, cela tient aux sources auxquelles il se refère, c'est-à-dire aux plaidoyers de Lysias et d'Hypéride, qui traitaient probablement d'une κάκωσις commise contre d'autres personnes que des orphelins [5].

(1) V. *supra*, t. I. p. 463. Les règles que nous allons exposer concernant l'εἰσαγγελία sont, en conséquence, applicables au cas de κακώσις ἐπικλήρων comme à celui de κάκωσις ὀρφανῶν. Elles régissent également, en principe, le cas de κάκωσις γονέων. V. *supra*, t. I, p. 367.

(2) De ce que Harpocration et aussi le lexique de Séguier (Bekker, *Anecd.* I, p. 269, 1) emploient l'expression δίκη, on ne peut conclure qu'il s'agisse ici d'une de ces actions privées auxquelles on réserve spécialement le mot δίκη, en l'opposant alors au mot γραφή, qui ne s'entend que des actions publiques.

(3) Schulthess (p. 193) observe que Harpocration s'exprime inexactement lorsque, à propos des épiclères, qui sont incapable d'agir elles-mêmes, il parle d'une action donnée ταῖς ἐπικλήροις κατὰ τῶν γεγαμηκότων. Mais le langage du lexicographe est exact lorsqu'il parle de l'action destinée à sauvegarder les intérêts des orphelins : κατὰ τῶν ἐπιτρόπων τοῖς ὑπὲρ τῶν ὀρφανῶν. Le mot δίκη est pris ici dans le sens large d'action. Aussi Pollux (VIII, 41) fait-il remarquer que les actions publiques peuvent être appelées δίκαι, mais qu'il n'y a pas réciprocité, les actions privées n'étant jamais appelées γραφαί. Cf. Schulthesss, p. 193.

(4) Cette définition est reproduite presque intégralement dans le lexique de Séguier (Bekker, *Anecd.* I, p. 269, 1). Pollux dit également (VIII, 35) : ἐξῆν γὰρ τῷ βουλομένῳ γράφεσθαι τὸν ἐπίτροπον ὑπὲρ τῶν ἀδικουμένων ὀρφανῶν. Il est vrai que Pollux pose cette règle à propos de l'action ἐπιτροπῆς et non point à propos de l'εἰσαγγελία κακώσεως. Mais il y a là une erreur manifeste. Cf. Schulthess, p. 194, note 1.

(5) Cf. Schulthess, p. 193.

L'εἰσαγγελία κακώσεως peut, en conséquence, être intentée non seulement par un parent du mineur ou par un étranger, mais même par un des cotuteurs contre l'autre. C'est même au cotuteur qu'incombe en première ligne le devoir de protéger par ce moyen les intérêts du pupille contre la négligence ou la mauvaise foi d'un autre tuteur. Nous avons montré précédemment comment Théopompe a été ainsi poursuivi par son cotuteur au moyen d'une εἰσαγγελία κακώσεως [1].

Au surplus, on ne saurait, malgré la généralité des termes dont se servent Harpocration et Pollux, ἐξῆν τῷ βουλομένῳ, accorder à une personne quelconque le droit d'intenter une εἰσαγγελία. Ce droit ne peut appartenir qu'à un citoyen ἐπίτιμος, c'est-à-dire ayant la jouissance ou l'exercice des droits civils [2]. Mais peu importe que le dénonciateur ait ou non un intérêt personnel à l'exercice de l'εἰσαγγελία.

L'εἰσαγγελία κακώσεως ὀρφανῶν n'est possible, d'autre part, que pendant la minorité du pupille. Si l'on ouvre, en effet, en faveur de celui-ci, une action aussi périlleuse pour le défendeur, c'est en raison de l'incapacité de fait et de droit où le pupille se trouve de sauvegarder ses intérêts. L'εἰσαγγελία n'a donc plus sa raison d'être après la majorité du pupille et celui-ci n'a plus dès lors qu'une seule voie pour atteindre son tuteur négligent ou infidèle, c'est la δίκη ἐπιτροπῆς, ou, si le tuteur est mort, la δίκη βλάβης contre ses héritiers [3].

Le législateur ne se contente pas d'ouvrir à tout citoyen l'exercice de l'εἰσαγγελία; il encourage, d'autre part, le plus possible les tiers à intervenir en faveur des orphelins, et, dans ce but, il supprime toutes les précautions prises, en tout autre cas, contre les plaideurs téméraires. Ainsi d'abord le demandeur n'a point à faire les consignations préa-

(1) V. *supra*, p. 215.
(2) Hafter, p. 84.
(3) Cf. Guiraud, p. 325.

lables connues sous le nom de πρυτανεῖα [1] ou παράστασις [2]. Isée le déclare formellement : οὔτε πρυτανεῖα οὔτε παράστασις οὐδεμία τίθεται τῶν εἰσαγγελιῶν [3]. D'autre part, l'εἰσαγγελία n'entraîne aucune conséquence fâcheuse pour le demandeur dans le cas où il succombe sans obtenir le cinquième des voix au moins. Il n'encourt ni l'amende de 1000 drachmes prononcée, en pareil cas, contre l'accusateur qui ne réussit pas, après avoir intenté une action publique, γραφή, à réunir ce minimum, ni l'atimie partielle qui rend désormais cet accusateur incapable d'intenter désormais aucune action publique de même nature [4]. C'est ce qu'Isée exprime en disant : μόνων τούτων τῶν δικῶν ἀκινδύνων διώκουσιν οὐσῶν [5], ou bien encore : ὅτι μὴ κατορθώσας μὲν οὐδὲν ἀπολεῖ τῶν αὑτοῦ [6]. La loi, en écartant tout sujet de crainte sur l'issue du procès, invi-

(1) Dans les actions privées, les parties étaient obligées de consigner préalablement, sous le nom de prytanies, une somme de 3 à 30 drachmes, suivant les cas. Cf. Bœckh, I, p. 416 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 799 et s., 809 et s., 859 et 1004.

(2) Dans les actions publiques, la somme à consigner par l'accusateur (παράστασις) était insignifiante. Cf. Bœckh, I, p. 419 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 73 et s. ; 617, 799 et s., 813 et s.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 47.

(4) Cf. Thonissen, *Droit pénal*, p. 370 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Atimie*, p. 524.

(5) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 46.

(6) Isée, *De Hagn. her.*, § 31. Cf. Démosthène, *C. Pantaen.*, § 46 : τῷ δ'ἐπεξιόντι μετ' οὐδεμιᾶς ζημίας ἡ βοήθεια. Pollux, VIII, 52 : ὅτι δὲ ὁ εἰσαγγείλας καὶ οὐχ ἑλὼν ἀζήμιος ἦν, Ὑπερείδης ἐν τῷ ὑπὲρ Λυκόφρονός φησιν. C'est là un caractère particulier de l'εἰσαγγελία ἐπὶ ταῖς κακώσεσιν. En effet, pour l'εἰσαγγελία ἐπὶ δημοσίοις ἀδικήμασι, si, pendant longtemps, l'accusateur dont l'accusation était reconnue mal fondée n'encourut aucune peine, on finit cependant, pour prévenir les abus qui s'étaient produits, par lui appliquer la règle générale posée pour les γραφαί en cas d'insuccès de l'accusateur. Cette modification se produisit vraisemblablement vers l'année 338 avant J.-C. Mais il semble que l'on ait continué d'assurer l'impunité à l'accusateur en cas d'εἰσαγγελία κακώσεως ὀρφανῶν. Cf. Frænkel, *Das attische Geschworenengericht*, p. 74 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 329, texte et note 366 ; Schulthess, p. 198, note ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eisaggelia*, p. 501 ; Gilbert, 1re éd., I, p. 292, note 6 ; Guiraud, p. 327, note 4.

tait tout le monde à dénoncer les faits coupables commis envers les pupilles et assurait à ceux-ci autant de défenseurs qu'il pouvait y avoir de citoyens de bonne volonté.

La répression des injustices commises contre les mineurs et les épiclères est facilitée encore, à d'autres points de vue, par certaines règles spéciales à l'instruction et au jugement de l'εἰσαγγελία. D'une part, la procédure de cette action est plus rapide que celle des actions privées ordinaires, et même aussi plus expéditive que celle des actions publiques, car elle n'est retardée ni par les longues enquêtes préalables au jugement, ni par des tentatives de conciliation devant des arbitres. Le législateur veut que le tuteur suspect soit rapidement condamné, afin qu'il puisse être remplacé le plus vite possible dans l'intérêt du mineur [1]. D'autre part, quand est venu le jour du jugement, le demandeur n'est nullement limité par le temps, comme dans les procès ordinaires, pour développer son accusation, car l'εἰσαγγελία κακώσεως était, suivant Harpocration [2], ἄνευ ὕδατος, c'est-à-dire qu'il n'y avait pas de clepsydre pour mesurer le discours de l'orateur. Or, il n'y a aucune raison pour suspecter le témoignage du lexicographe sur ce point [3].

Dans le cas d'εἰσαγγελία κακώσεως, à la différence de ce qui a lieu pour l'εἰσαγγελία ἐπὶ δημοσίοις ἀδικήμασι, le procès a lieu sous la direction de l'archonte éponyme. Cette compétence est du reste toute naturelle, car c'est à ce magistrat que sont déférés, en principe, tous les procès concernant le droit de famille. Cette compétence est attestée par de nombreux textes, notamment par l'Ἀθηναίων πολιτεία d'Aristote [4]. C'est, en conséquence, à l'archonte qu'est remise la

(1) Schulthess, p. 192. V. *infra*, p. 283, ce que nous disons sur l'ἀνάκρισις.

(2) Harpocration, v° κακώσεως.

(3) Cf. Gilbert, *Staatsalt.* I, p. 385 ; Hafter, p. 85 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 333 ; Schulthess, p. 199 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 731.

(4) C. 56 : γραφαὶ δὲ καὶ δίκαι λαγχάνονται πρὸς αὐτόν... ὀρφανῶν κακώσεως (αὗται δ'εἰσὶ κατὰ τῶν ἐπιτρόπων), ἐπικλήρου κακώσεως (αὗται δ' εἰσὶ κατὰ τῶν

plainte de l'accusateur, ainsi que les orateurs l'attestent à différentes reprises [1]. Cette plainte doit, au surplus, être formulée par écrit, comme le prouve l'expression γραφή qui est plusieurs fois employée pour désigner l' εἰσαγγελία [2].

Cette remise de la plainte à l'archonte fait supposer que dans l'εἰσαγγελία, comme dans un procès ordinaire, il y avait lieu à une ἀνάκρισις, ou instruction préparatoire, car il est difficile d'admettre que, soit dans le cas où l'archonte prononce directement une amende contre le coupable, soit dans celui où il renvoie l'affaire aux Héliastes, il puisse fixer l'ἐπιβολή ou le τίμημα sans avoir préalablement entendu le défendeur [3].

Mais cette instruction est très rapide. Il y a lieu d'appliquer à l'εἰσαγγελία la règle posée dans la loi précitée du plaidoyer contre Macartatos, et d'après laquelle l'archonte doit assigner le coupable à cinq jours devant le jury [4]. Cette loi a pour objet, en effet, de même que l'εἰσαγγελία, la protection des orphelins et des épiclères, et les délits qu'elle se propose de réprimer sont ceux d'ὕβρις et de παρανόμον commis contre ces personnes. Or, ce sont ces mêmes délits dont l'εἰσαγγελία a pour but d'assurer la répression [5]. On doit donc admettre que l'εἰσαγγελία κακώσεως doit, dans les cinq jours de la dénonciation, être déférée au tribunal [6]. Dans ce que l'on peut appeler son arrêt

ἐπιτρόπων καὶ τῶν συνοικούντων). Cf. Hypéride, *Pro Euxen.*, § 24 ; Pollux, VIII, 89; Lexic. Seguer., (Bekker) 199, 10 et 310, 1.

(1) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 46 : καὶ οὐκ εἰσήγγελλες πρὸς τὸν ἄρχοντα κακοῦσθαι τὴν ἐπίκληρον. *Ibid.*, § 62 : ἀλλὰ καὶ δημοσίᾳ εἰσαγγελθεὶς πρὸς τὸν ἄρχοντα ἐκινδύνευσεν ἄν. Démosthène, *C. Pantaenet.*, § 46 : καὶ πρὸς μὲν τὸν ἄρχοντα... οὐδ' εἰσήγγειλεν. Démosthène, *C. Theocr.*, § 32 : ἀποφέρει γραφὴν αὐτοῦ κακώσεως πρὸς τὸν ἄρχοντα.

(2) V. Isée, *De Hagn. her.*, § 31 ; Démosthène, *C. Theocr.*, § 32. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 790 ; Platner, *Process*, II, p. 226 ; Schulthess, p. 202, note 1.

(3) Hafter, p. 84.

(4) Démosthène, *C. Macart.*, § 75. V. *supra*, p. 276.

(5) Cf. Isée, *De Pyrrhi her.*, §§ 46, 48, 62 ; Pollux, VIII, 53.

(6) Hafter, p. 85.

de renvoi, l'archonte, ainsi que le décide la même loi, requiert une condamnation pécuniaire, τίμημα, dont il fixe le chiffre suivant les circonstances.

Si l'εἰσαγγελία n'offre aucun danger pour le demandeur, bien qu'il ne triomphe pas dans son accusation, par contre, elle est très périlleuse pour le défendeur qui succombe. Tout d'abord l'action εἰσαγγελίας est estimable, τιμητή, puisqu'elle tend à la réparation d'un préjudice causé au pupille [1]. La condamnation peut, du reste, avoir pour objet non seulement une amende et des dommages-intérêts, mais encore atteindre le coupable dans sa personne. Il y a toutefois une certaine obscurité sur ce dernier point. Les lexicographes ne s'expliquent point sur la nature de la peine corporelle ou infamante qui peut être prononcée contre le coupable. Quant aux orateurs, ils s'expriment de manière à laisser croire que le condamné pouvait être frappé des châtiments les plus rigoureux. Ainsi, d'après Isée, le défendeur qui succombe est exposé aux derniers châtiments [2] et sa vie même, σῶμα, peut se trouver en péril [3]. Certains auteurs, n'admettant pas que la répression puisse aller jusqu'au dernier supplice, estiment qu'il faut entendre l'expression σῶμα de l'atimie partielle que peut encourir le condamné [4], Il est vrai que cette atimie peut être prononcée contre le

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 359 ; Schulthess, p. 199 ; Hafter, p. 58 ; Lécrivain, *loc. cit.* Cf. sur la distinction des δίκαι en τιμηταί et ἀτιμηταί, Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Dikè*.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 47 : τοῖς ἁλισκομένοις αἱ ἐσχάται τιμωρίαι ἐπὶ ταῖς εἰσαγγελίαις ἔπεισιν. *De Hagn. her.*, § 13 : καὶ περὶ τῶν μεγίστων εἰς κίνδυνον καθιστάναι.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 62 : ἐκινδύνευεν ἂν περὶ τοῦ σώματος καὶ τῆς οὐσίας ἁπάσης τῆς ἑαυτοῦ. De même, dans le procès pour l'héritage d'Hagnias, § 35, Théopompe dit que les lois ne permettent pas d'agir contre lui par une voie aussi périlleuse que l'εἰσαγγελία pour ce simple motif qu'il aurait indûment retenu la moitié de l'héritage de son pupille, οὐδὲ κινδυνεύειν περὶ τοῦ σώματος.

(4) Meier, *De bonis*, p. 143 ; Platner, *Process*, II, p. 234 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 360, note 444 ; Schulthess, p. 200 ; Hafter, p. 85 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 731.

coupable, ainsi que cela résulte d'un texte de Démosthène [1]. Mais on voit, dans un autre passage du même orateur, que la peine dépend de la souveraine appréciation des juges [2]. Il est possible que ceux-ci se soient contentés le plus souvent d'enlever à l'accusé une partie de ses droits de citoyen. Mais, sans aller jusqu'à dire qu'ils pouvaient le condamner à mort [3] pour de simples faits de fraude, nous estimons qu'ils étaient toujours libres de le frapper d'un châtiment corporel proportionné à la gravité de l'infraction. On peut alléguer en ce sens ce que dit Lysias [4] à propos de la κάκωσις γονέων, généralement assimilée, à la κάκωσις ὀρφανῶν, et que, dit-il, la loi juge mériter la peine de mort [5]. Il est probable, ainsi que cela s'induit d'un texte d'Isée où l'orateur parle du danger qui menace τῆς οὐσίας ἁπάσης τῆς ἑαυτοῦ [6], que la confiscation générale pouvait accompagner les peines corporelles prononcées contre le coupable [7], à moins toutefois qu'on ne voie dans le mot ἁπάσης une exagération oratoire [8]. Au surplus, le jury athénien passait pour être fort sensible aux plaintes des orphelins et très enclin aux mesures de rigueur contre ceux dont ils se plaignaient [9]. Ainsi l'on voit que le père de Démosthène a été condamné à une amende considérable, de dix talents, sur l'accusation d'avoir privé un mineur d'une partie de son patrimoine [10].

(1) Démosthène, *C. Pantaenet.*, § 49 : καὶ πρὸς ἀτιμῶσαι ζητεῖς.

(2) Démosthène, *ibid.*, § 46 : παρ' ᾧ (c.-à-d. τῷ ἄρχοντι) τῷ μὲν ἠδικηκότι κίνδυνος περὶ τοῦ τί χρὴ παθεῖν ἢ ἀποτεῖσαι.

(3) Cf. Hudtwalker, *De arbitr.*, p. 138.

(4) Lysias, *C. Agorat.*, § 91.

(5) Cf. Thonissen, p. 292 ; Guiraud, p. 328, 329 ; Heffter p. 122 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eisaggelia*, p. 502.

(6) Isée, *De Pyrrhi. her.*, § 62. V. *supra*, p. 284, note 3.

(7) Nypels, *in Revue de législation*, 1876, p. 529.

(8) Schulthess, p. 200, note 1.

(9) Démosthène, *C. Nausim.*, § 20 : καὶ γὰρ ὀρφανοὶ καὶ νέοι καὶ ὁποῖοί τινές εἰσιν ἀγνῶτες ἦσαν. ταῦτα δὲ πάντες φασὶ μεγάλων δικαίων ἰσχύειν πλέον παρ' ὑμῖν.

(10) Démosthène, *C. Theocr.*, § 31.

Nous signalerons une dernière conséquence de la condamnation, et qu'il est permis de considérer comme une sorte de pénalité civile, si l'on songe que l'exercice de la tutelle peut constituer un avantage sérieux pour le tuteur : c'est que, s'il succombe sur l'εἰσαγγελία κακώσεως, il est destitué de la tutelle [1].

L'εἰσαγγελία est possible en cas de κάκωσις, ce que l'on peut traduire par conduite blâmable, ou, comme le dit encore la loi citée dans le discours contre Macartatos [2], ἐὰν δέ τις ὑβρίζῃ ἢ ποιῇ τι παράνομον. Ainsi d'abord il y a κάκωσις lorsque le pupille subit de mauvais traitements de la part de son tuteur, si, par exemple, le tuteur ne remplit point les obligations qui lui incombent relativement à l'entretien [3] et à l'éducation du pupille [4]. De même, si le tuteur prostitue son pupille ou en abuse lui-même, on peut, au lieu d'agir contre lui par la γραφὴ ἑταιρήσεως, employer l'εἰσαγγελία κακώσεως [5].

L'εἰσαγγελία est également possible quand le pupille se trouve lésé dans ses biens seulement. Elle peut, en premier lieu, être formée quand on accuse le tuteur d'infidélité dans sa gestion. On a voulu voir une application de l'εἰσαγγελία à cette hypothèse dans le plaidoyer prononcé par Lysias contre Diogiton. Celui-ci, a-t-on dit, avait été un tuteur infidèle, et, menacé d'un procès, il se refusa à tout accommodement « préférant s'exposer *aux plus grands dangers* (ὑπομεῖναι

(1) Isée, *De Hagn. her.*, § 31. Cf. Van den Es, p. 185 ; Hermann-Thalheim, p. 16, note 4 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 731,

(2) Démosthène, *C. Macart.*, § 75. V. *supra*, p. 276.

(3) Probablement aussi une δίκη σίτου était-elle possible pour forcer le tuteur à remplir son obligation à cet égard. V. *supra*, p. 200 et s. *Contra*, Schulthess, p. 205 ; Platner, *Process* II, p. 266.

(4) Panténète, à propos d'épiclères, intente une εἰσαγγελία contre Evergos en lui reprochant : ὡς αὐτὸν ἐπὶ τὰς ἐπικλήρους εἰσελθεῖν καὶ τὴν μητέρα τὴν αὐτοῦ (Démosthène, *C. Pantaenet.*, § 45), ce que Dareste, (*Plaid. civ.*, (I, p. 267), traduit en disant : « Il prétendit que des filles héritières, que sa mère avaient été insultées à cette occasion. »

(5) Schulthess, p. 205. Platner, *Process*, II, p. 219, paraît n'admettre ici que la possibilité d'une γραφὴ ἑταιρήσεως.

τοὺς ἐσχάτους κινδύνους) plutôt que de s'affranchir de tous ces tracas en obéissant aux règles de l'équité [1].» Le mot εἰσαγγελία ne se trouve point, sans doute, prononcé dans cette phrase pas plus que dans le reste du plaidoyer, dont nous ne possédons du reste que des fragments. Mais les expressions employées par Lysias correspondent trop bien à celles dont se sert Isée [2] afin d'indiquer les conséquences de l'εἰσαγγελία, pour qu'on ne voie pas une action de ce genre dans la poursuite formée contre Diogiton [3]. Cette interprétation ne nous paraît pas exacte. Elle accorde une importance excessive aux termes employés par l'orateur. Les ἔσχατοι κίνδυνοι dont il parle, en employant des expressions qui ne sont qu'une exagération oratoire, ne visent point les conséquences rigoureuses que l'εἰσαγγελία peut entraîner pour le défendeur. Ils se réfèrent seulement aux inconvénients assez considérables qu'un procès civil quelque peu important peut occasionner au défendeur qui succombe, et qui, par la δίκη ἐξούλης et surtout par une application irrégulière des règles sur l'exécution, peut se voir privé de la plus grande partie de son patrimoine. L'action intentée contre Diogiton est une simple δίκη ἐπιτροπῆς, car elle est formée alors que le demandeur, ancien pupille de Diogiton, a déjà atteint sa majorité. Or, une fois le mineur devenu majeur, il n'y a plus d'action publique possible de la part de celui-ci, et la seule voie qu'il ait à sa disposition pour obtenir réparation du préjudice qu'a pu lui causer l'infidélité de son tuteur, c'est la δίκη ἐπιτροπῆς, action privée, dont l'exercice appartient exclusivement à la partie lésée [4].

La voie de l'εἰσαγγελία est ouverte contre le tuteur alors même qu'on ne formule contre lui aucune accusation d'infidélité dans sa gestion. Tel est le cas sur lequel roule le plaidoyer

(1) Lysias, *C. Diogit.*, § 2.

(2) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 47 et *De Hagn. her.*, § 13, *supra*, p. 284, note 2.

(3) Guiraud, p. 328 ; Bœckh, 1e éd. I, p. 380, note 202.

(4) Cf. en ce sens : Heffter, p. 251 ; Bœckh, 3e éd. I, p. 425, note b; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 360, note 452 ; Schulthess, p. 195, note 1.

d'Isée concernant l'héritage d'Hagnias. Théopompe, tuteur de son neveu, est attaqué par l'un de ses cotuteurs et l'action dirigée contre lui est certainement une εἰσαγγελία κακώσεως, ainsi que le prouvent, soit les termes mêmes de l'orateur [1], soit cette conséquence, indiquée par Théopompe, que si son adversaire est vaincu, il n'aura pas à payer l'amende de 1.000 drachmes [2]. Il paraît certain que l'infidélité de la gestion de Théopompe n'est nullement mise en question dans le procès, et l'orateur n'a point à se défendre d'une telle accusation [3]. La κάκωσις qu'on lui reproche, c'est de ne pas tenir une promesse qu'il aurait faite, après la mort de Stratoclès, de donner la moitié de l'héritage à son pupille s'il triomphait dans la revendication de cette succession. Théopompe nie l'existence d'une semblable promesse qui aurait rendu son pupille propriétaire de la moitié de la succession ; il soutient qu'il n'y aurait κάκωσις que s'il voulait enlever au pupille une chose lui appartenant [4], et que son adversaire ne plaide avec lui que sur une chose qui est bien sa propriété, à lui Théopompe [5]. Celui-ci prétend, en conséquence qu'il n'y a pas lieu à une action publique à l'occasion de la réclamation qu'on formule contre lui, qu'une action privée est seule possible, et que ses adversaires, en formant une action publique ont seulement pour but de l'é-

(1) Isée, *De Hagn. her.*, § 6 : οἴεται δεῖν ὑμᾶς.... αὐτῷ πειθομένους ἐμοῦ καταγνῶναι ταύτην τὴν εἰσαγγελίαν. § 15 : ὁ νῦν ἐμὲ εἰσαγγέλλων. L'action intentée contre Théopompe est, il est vrai, qualifiée ailleurs (§§ 31, 35), de γραφή, mais cela ne prouve rien, car le mot γραφή pouvait suffire pour traduire la pensée que l'orateur exprime à plusieurs reprises, à savoir que ses adversaires pouvaient agir contre lui seulement par voie d'action privée, δίκη, mais non par voie d'action publique, ce qui exclut à plus forte raison l'εἰσαγγελία. Cf. Schulthess, p. 202. V. *supra*, p. 283.

(2) *Ibid.*, § 31.

(3) Aussi, sans insister sur ce point, qu'il considère comme établi, affirme-t-il, au § 15 : οὔτ' ἀδικῶ τὸν παῖδα οὐδέν.

(4) *Ibid.*, § 14 : καὶ περὶ μὲν τῶν ὁμολογουμένων εἶναι τοῦ παιδὸς χρημάτων μηδ' αἰτιᾶσθαι με μηδ' ὥς τι εἴληφα ἔχειν εἰπεῖν (ἐφ' οἷς, εἴ τι αὐτῶν κακῶς διῴκουν ὥσπερ οὗτος, κρίνεσθαί μοι προσῆκεν).

(5) *Ibid.*, ἐπὶ τούτοις ἐμοί.

carter de la tutelle pour s'emparer eux-mêmes des biens de l'enfant. Il résulte de l'ensemble de ce plaidoyer que, en dehors du cas de malversation, l'εἰσαγγελία n'est possible que si les faits allégués contre le tuteur à l'appui de la réclamation pécuniaire formulée contre lui sont de nature à constituer une κάκωσις, comme ce serait le cas de Théopompe, s'il avait fait la promesse alléguée par ses adversaires. La violation de cette promesse non seulement serait un acte de mauvaise foi, mais encore aurait pour résultat de dépouiller le mineur d'une partie de son patrimoine [1].

Mais nous ne saurions admettre que toute difficulté d'ordre pécuniaire entre le tuteur et son pupille puisse donner lieu à une εἰσαγγελία. Si, par exemple, en dehors de toute circonstance semblable à celle qu'invoquent les adversaires de Théopompe, un procès surgit entre le tuteur et le pupille relativement à la dévolution d'une succession à laquelle chacun d'eux se prétend appelé de préférence à l'autre, le règlement de cette contestation doit s'opérer par la voie ordinaire de la διαδικασία et non par le moyen d'une εἰσαγγελία κακώσεως, car il ne saurait être ici question de κάκωσις pouvant servir de fondement à l'action publique [2].

L'εἰσαγγελία κακώσεως est possible non seulement contre le tuteur, mais encore, dans certains cas, contre les tiers. Ainsi, on admet généralement que, dans le cas où il s'agit d'une succession déférée à un héritier nécessaire, investi du droit de se mettre directement en possession de l'héritage, ἐμβατεύειν εἰς τὴν οὐσίαν, le tiers qui oppose des obstacles de fait à l'exercice de ce droit, peut, si le successible est un mineur ou une femme, être poursuivi non seulement par la δίκη ἐξούλης mais encore par l'εἰσαγγελία κακώσεως [3]. Mais pour qu'une εἰσαγγελία

(1) Cf. Schulthess, p. 202, 203.

(2) Heffter, p. 195. *Contra* : Schulthess, p. 206.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 62, dit à ce sujet, en parlant d'une fille épiclère : καὶ εἴ τις αὐτὴν ἀφῃρεῖτο ἢ ἐβιάζετο, ἐξῆγεν ἂν ἐκ τῶν πατρῴων, καὶ οὐχ ἂν ἰδίαις μόνον δίκαις ἔφευγεν ὁ βιαζόμενος, ἀλλὰ καὶ δημοσίᾳ εἰσαγγελθεὶς εἰς τὸν

soit possible contre un tiers à l'occasion d'une contestation d'ordre purement pécuniaire, il faut que la conduite de ce tiers soit de nature à constituer une κάκωσις, comme dans le cas que nous venons d'indiquer, sinon le tuteur peut seulement agir contre le tiers, au nom du pupille, au moyen des actions privées ordinaires. Si, par exemple, le pupille est appelé à recueillir une succession dont il n'a point la saisine légale, le tuteur en demande l'envoi en possession au moyen de l'ἐπιδικασία ou de la διαδικασία, suivant les cas [1]. Quant aux lésions commises par les tiers contre la personne même du pupille, elles peuvent naturellement donner ouverture à une εἰσαγγελία. Ainsi l'injure commise à son égard peut être poursuivie non seulement par la γραφὴ ὕβρεως mais encore par l'εἰσαγγελία κακώσεως, et c'est à cette dernière que le demandeur recourra naturellement en raison des avantages considérables qu'elle présente pour l'accusateur [2].

Il nous reste à voir si, outre l'εἰσαγγελία κακώσεως, il n'y a point, pendant la minorité du pupille, d'autres actions qui puissent être intentées contre le tuteur pour sauvegarder la personne ou les intérêts de l'incapable. Certains auteurs ont admis l'existence d'une action publique nommée γραφὴ ἐπιτροπῆς, qui pourrait être formée contre le tuteur par toute personne, en raison de l'infidélité de sa gestion [3]. Cette opinion est fondée sur un texte de Pollux [4], où il est dit : αὕτη μὲν δημοσία ὥσπερ καὶ ἡ τῆς ἐπιτροπῆς· ἐξῆν γὰρ τῷ βουλομένῳ γράφεσθαι τὸν ἐπίτροπον ὑπὲρ τῶν ἀδικουμένων ὀρφανῶν, alors que précédemment [5] le même au-

ἄρχοντα ἐκινδύνευεν ἂν περὶ τοῦ σώματος καὶ τῆς οὐσίας ἁπάσης τῆς ἑαυτοῦ. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 604; Caillemer, *Successions*, p. 155; Schulthess, p. 204.

(1) Schulthess, p. 206; Haffter, p. 195.

(2) Schulthess, p. 206.

(3) Meier et Schœmann, *Attische Process*, 1re éd., p. 293; Bœckh (1re éd.) I, p. 308; Brandes, *in Ersch. u. Gruber's Encyclop.*, sect. I, l. 83, p. 70; Schmeisser, p. 28; Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 30, note 26.

(4) Pollux VIII, 35.

(5) *Ibid.*, § 31.

teur a rangé parmi les actions privées la δίκη ἐπιτροπῆς. Ce texte ne suffit pas, à notre avis, pour établir l'existence d'une γραφή ἐπιτροπῆς distincte de l'εἰσαγγελία. Pollux a confondu la γραφή dont il parle au § 35 avec l'εἰσαγγελία qu'il mentionne au § 53 en ne l'appliquant qu'à l'hypothèse de κάκωσις contre une épiclère [1]. On ne saurait voir d'ailleurs une γραφή ἐπιτροπῆς dans l'action intentée contre Théopompe par son cotuteur [2], car, ainsi que nous l'avons établi, il est certain que, malgré l'emploi par l'orateur de l'expression γραφή, c'est bien une εἰσαγγελία κακώσεως qui est formée contre Théopompe. On a voulu voir également une γραφή ἐπιτροπῆς dans le plaidoyer de Lysias contre Diogiton. Mais c'est encore là une erreur en laquelle on a été induit en donnant une importance exagérée à certains termes de ce plaidoyer [3]. L' Ἀθηναίων πολιτεία d'Aristote [4] ne mentionne, d'autre part, comme actions pouvant être intentées dans l'intérêt d'un mineur, que l'action ὀρφανῶν κακώσεως (par voie d'εἰσαγγελία) et l'action οἴκου ὀρφανικοῦ κακώσεως (par voie de φάσις). Il n'y a donc pas de place pour une autre action publique, qui serait nommée γραφή ἐπιτροπῆς. Cette action serait, au surplus, complètement inutile, car l'εἰσαγγελία suffit parfaitement à sauvegarder les intérêts du pupille pendant sa minorité. On ne voit point enfin comment un tiers, ayant à sa

(1) L'erreur de Pollux peut, ainsi que l'observe Bœckh (t. I, p. 426, note 2), s'expliquer de la manière suivante. Cet auteur était en voie d'énumérer les actions privées et il avait compris parmi ces actions, au § 31, la δίκη ἐπιτροπῆς. Arrivant à citer la δίκη ἀποστασίου (action donnée en cas d'ingratitude d'un affranchi), il est amené, par une association d'idées assez naturelle, à mentionner l'action ἀπροστασίου (action accordée contre le métèque qui néglige de se choisir un patron parmi les citoyens). Mais il doit observer, à propos de cette dernière, que c'est une action publique, δημοσία, et comme à cette occasion il lui vient à l'esprit que le tuteur peut, dans certains cas, être poursuivi par tout citoyen, il fait au § 35 la remarque tout à fait inexacte que nous avons citée au texte, contredisant ainsi, sans s'en douter, la solution exacte qu'il a donnée au § 31 sur le caractère de l'action ἐπιτροπῆς.

(2) Isée, *De Hagn. her.* V. *supra*, p. 288.

(3) V. *supra*, p. 286, 287.

(4) C. 56, 6.

disposition l'εἰσαγγελία, aurait choisi de préférence la prétendue γραφὴ ἐπιτροπῆς, qui, d'une part, est plus périlleuse pour le demandeur, puisqu'elle l'expose à une amende de 1.000 drachmes, et qui, d'autre part, n'assure point une répression aussi énergique du délit commis par le tuteur [1].

Nous ne saurions davantage admettre l'existence d'une γραφὴ κακώσεως à côté de l'εἰσαγγελία κακώσεως. Il ne faut point, en effet, accorder une importance quelconque à l'expression γραφή dont se servent quelquefois les orateurs [2] pour désigner une action qui est manifestement l'εἰσαγγελία. Nous répéterons, au surplus, l'observation que nous venons de faire à propos de la prétendue γραφὴ ἐπιτροπῆς, et nous dirons qu'en présence des avantages considérables accordés à l'accusateur dans l'εἰσαγγελία, on ne comprend pas comment celui-ci irait recourir à la procédure moins abordable et plus périlleuse de l'action publique ordinaire, de la γραφή [3].

Il est plus douteux de savoir si, pour protéger le pupille, on peut employer l'ἀπαγωγή, procédure sommaire autorisée par la loi athénienne et dans laquelle l'accusateur, qui prend le coupable sur le fait, peut s'emparer de lui et le conduire devant le magistrat compétent [4]. Cette procédure, employée originairement contre les malfaiteurs les plus dangereux, avait été étendue au cas de délits moins

(1) Cf. en ce sens : Heffter, p. 251 ; Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 360, texte et note 451 ; Baumstark, sur Schmeisser, *loc. cit.* ; Bœckh, t. I, p. 425 ; Guiraud, p. 328, note 4 ; Schulthess, p. 194, note 1 ; Hermann-Thalheim, p. 16, note 4.— Nous observons dans le même sens que Platon, dans son *Traité des Lois*, XI, 8, p. 928 c, considère la δίκη ἐπιτροπίας comme une action réservée au mineur seul lorsqu'il est devenu majeur.

(2) Démosthène, *C. Theocr.*, § 32; Isée, *De Hagn. her.*, §§ 6 et 15. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, *loc cit.* V. *supra*, p. 288, note 1.

(3) Heffter, p. 191, 195 ; Hafter, p. 86 ; Schulthess, p. 206. *Contra* : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 358. Guiraud, p. 325, paraît également admettre l'existence d'une γραφὴ κακώσεως.

(4) V. sur cette procédure : Heffter, p. 205-213 ; Platner, *Process*, I, p. 257-268 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 270 et s.; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apagogè*.

graves, par exemple au cas de κάκωσις commise par les enfants à l'égard de leurs parents, et, dès lors, il n'y aurait rien d'extraordinaire à ce qu'elle eût été admise également contre ceux qui maltraitaient ou corrompaient les mineurs. On a cité, à l'appui de l'affirmative, un texte d'Eschine [1], où l'orateur, parlant d'un mineur qui s'était prostitué à un étranger, dit de lui : τίς γὰρ ὑμῶν τὸν ὀρφανὸν καλούμενον Διόφαντον οὐκ οἶδεν, ὃς τὸν ξένον πρὸς τὸν ἄρχοντα ἀπήγαγεν ᾧ παρήδρευεν Ἀριστοφῶν ὁ Ἀζηνιεύς, ἐπαιτιασάμενος τέτταρας δραχμὰς αὐτὸν ὑπὲρ τῆς πράξεως ταύτης ἀπεστερηκέναι, καὶ τοὺς νόμους λέγων οἳ κελεύουσι τὸν ἄρχοντα τῶν ὀρφανῶν ἐπιμελεῖσθαι [2]. L'autorité de ce texte est toutefois fort contestable. D'une part, en effet, il n'est pas très prudent de conclure du seul mot ἀπήγαγεν à la possibilité d'une ἀπαγωγή proprement dite, supposant l'existence d'un κακούργημα. D'autre part, les assertions d'Eschine paraissent fort suspectes à un double point de vue. Il est difficile, d'abord, d'admettre que Diophantos, qui était mineur, ait pu lui-même se présenter devant le magistrat et exercer la poursuite dont il était légalement incapable. De plus, il est peu vraisemblable que Diophantos ait eu la force physique nécessaire pour l'emploi de l'ἀπαγωγή, et il aurait plutôt dû recourir à l'ἐφήγησις, procédure dans laquelle l'accusateur, au lieu de traîner le délinquant devant le magistrat, allait chercher celui-ci et l'amenait sur le lieu du délit pour qu'il s'emparât lui-même du coupable. Le témoignage d'Eschine n'a donc qu'une valeur très douteuse, et l'on peut supposer que l'orateur a voulu faire allusion à une εἰσαγγελία κακώσεως ὀρφανῶν employée dans le cas de Diophantos. Il avait probablement des raisons spéciales pour présenter les faits d'une manière inexacte [3].

(1) Eschine, *C. Timarch.*, § 158.

(2) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 285 et 359 ; Sorof, *in Jahrb. für klass. Philol.*, 1885 (CXXXI) p. 10 et 15.

(3) Cf. en ce sens : Schulthess, p. 207, 208 ; Meuss, *De* ἀπαγωγῆς *actione apud Athenienses.*

B — Φάσις μισθώσεως οἴκου.

Cette action est ouverte contre le tuteur qui ne remplit point les obligations que la loi lui impose relativement à la location du patrimoine du pupille. La théorie de cette action n'est malheureusement pas très facile à reconstituer. Nous savons par de nombreux témoignages [1] que Lysias avait écrit deux plaidoyers sur cette matière [2], mais ces œuvres du grand orateur ne sont point parvenues jusqu'à nous. Nous ne possédons concernant notre action que les définitions assez incertaines et même contradictoires des grammairiens et un passage assez peu explicite de Démosthène [3]. Aussi a-t-on pu dire que vouloir reconstruire le droit attique sur ce point en se fondant sur le fatras des grammairiens, serait entreprendre un travail d'Hercule ou mieux encore une œuvre de Sisyphe [3]. Il est possible cependant, croyons-nous, d'établir, sinon dans tous ses détails, du moins dans ses grandes lignes, la théorie de la φάσις μισθώσεως οἴκου, action qui n'est autre d'ailleurs, à notre avis du moins, que l'action οἴκου ὀρφανικοῦ κακώσεως qu'Aristote mentionne à côté de l'action ὀρφανῶν κακώσεως 5.

Nous avons, en premier lieu, à préciser les cas dans les-

(1) Harpocration, éd. Bekker, p. 182, note 7; Photius, v° φάσις; Suidas, v° φάσις; Etymol. magnum, p. 788, 50.

(2) Ces plaidoyers avaient pour titre, ainsi qu'on l'admet généralement : πρὸς Διογένην ὑπὲρ μισθώσεως οἴκου et πρὸς τὴν φάσιν τοῦ ὀρφανικοῦ οἴκου. Cf. Schulthess, p. 217, 248 et 249.

(3) Dans le plaidoyer contre Nausimaque et Xénopithe, Démosthène, voulant indiquer la cause pour laquelle le patrimoine de ceux-ci n'a pas été loué pendant leur minorité, dit, au § 23 : « C'est votre oncle Xénopithe qui s'y est opposé, et malgré la dénonciation de Nicidas (φήναντος Νικίδου) il a obtenu des juges l'autorisation de gérer lui-même. » Il est difficile de savoir quel pouvait être précisément l'objet de la dénonciation de Nicidas. Cf. Schulthess, p. 217.

(4) Bœckh I, p. 425.

(5) Aristote, *Const. des Athèn.*, c. 56, attribue à l'archonte l'action οἴκου ὀρφανικοῦ κακώσεως (εἰσὶ δὲ καὶ αὗται κατὰ τῶν ἐπιτρόπων.

quels est ouverte ouverte la φάσις μισθώσεως οἴκου [1]. Il nous paraît certain, tout d'abord, que cette action a pour but spécial de sanctionner les obligations du tuteur concernant la location des biens du pupille. Elle est donc étrangère à la répression de la négligence ou de la fraude dont le tuteur peut se rendre coupable dans le cas où il gère personnellement le patrimoine du mineur : l'action recevable en pareil cas, c'est l'εἰσαγγελία κακώσεως ὀρφανῶν qui, comme nous l'avons vu, assure la protection non seulement de la personne, mais encore des biens du mineur. On a prétendu [1], il est vrai, en se fondant sur le passage de l'Ἀθηναίων πολιτεία où Aristote mentionne l'une à côté de l'autre les deux actions publiques ouvertes contre les tuteurs (κατὰ τῶν ἐπιτρόπων) que l'une d'elles, l'action ὀρφανῶν κακώσεως (par voie d'εἰσαγγελία), a spécialement pour objet la protection de la personne du pupille, tandis que l'autre action, οἴκου ὀρφανικοῦ κακώσεως (par voie de φάσις), a pour objet exclusif la protection de son patrimoine. Mais cette interprétation nous paraît tout à fait conjecturale, et nous ne saurions l'admettre, car elle se trouve en contradiction avec les définitions des lexicographes qui supposent que la seconde action n'a lieu qu'en cas de μίσθωσις [3].

Nous ne pouvons non plus admettre que la φάσις soit recevable non seulement à raison du défaut de la location des biens du mineur, mais encore à raison de la négligence ou de la fraude commise par le tuteur dans sa gestion ou des mauvais traitements dont il s'est rendu coupable envers son pupille [4]. La définition donnée par Pollux [5] pourrait, il

(1) Originairement, la procédure par voie de φάσις avait pour objet de sauvegarder les intérêts du fisc et celle était donnée contre celui qui détenait injustement un bien appartenant à l'État. Cf. Harpocration, *loc. cit.*

(2) Hermann-Thalheim p. 17, note 1.

(3) Cf. Schulthess, p. 209 et s.

(4) V. en ce sens, Hefter, p. 192.

(5) VIII, 47.

est vrai, laisser croire que la φάσις est également admissible dans les divers cas que nous venons d'indiquer. Il dit, en effet : φάσις δὲ ἦν τὸ φαίνειν τοὺς...περὶ τοὺς ὀρφανοὺς ἐξαμαρτάνοντας. Mais cette définition est manifestement trop générale [1] et, à notre avis, l' εἰσαγγελία est seule possible lorsque la faute commise par le tuteur ne se rattache point à la location des biens du pupille.

En restant donc dans cette dernière hypothèse, que supposent toutes les autres définitions des grammairiens et à laquelle se réfère également le passage de Démosthène précédemment cité [2], quels sont précisément les cas où la φάσις est possible ? Les définitions en question ne concordent pas à cet égard. D'après le lexique de Séguier, il y aurait lieu à la φάσις, ὅταν δὲ μὴ ἐκμισθῶσι τὸν ὀρφανῶν οἶκον οἱ ἐπίτροποι [2]. Dans un autre passage, le même lexique dit également : φάσις : μήνυσις πρὸς τοὺς ἄρχοντας... κατὰ τῶν ἐπιτρόπων τῶν μὴ μεμισθωκότων τὰς οἰκίας τῶν ὀρφανῶν [3]. Mais ces définitions sont certainement trop générales, et il est impossible d'admettre que la φάσις soit possible dans tous les cas où le tuteur n'a point loué le patrimoine du pupille. Nous avons vu, en effet, que cette location n'est obligatoire pour lui que dans deux cas, d'abord lorsqu'elle lui a été imposée par le testament du père du du mineur et, en second lieu, lorsqu'il ne veut pas gérer personnellement les biens du pupille. La φάσις ne peut donc être recevable également que dans deux cas, à savoir: 1° lorsque le tuteur n'exécute pas la clause du testament

(1) Il en est de même de la définition donnée au mot φάσις dans le *Fragm. lex. græc. in* Hermann, *De emend. rat. gram. gr.*, p. 338, n° 13 : φάσις ἐστὶν ὄνομα δίκης· εἰς τὸν.... κακῶς ἐπιτετροπευκότα εἰσῆγον εἰς δικαστήριον. ὁ τοιοῦτος φαίνειν ἐλέγετο καὶ ἡ δίκη ἐντεῦθεν ὀνομαζομένη φάσις παρωνομάζετο.

(2) *Supra*, p. 294, note 3.

(3) Bekker, *Anecd.*, I p. 313, 20.

(4) *Ibid.*, p. 315, 16. Cette définition est manifestement incorrecte à un double point de vue, d'abord lorsqu'elle dit πρὸς τοὺς ἄρχοντας au lieu de πρὸς τὸν ἄρχοντα et, en second lieu, lorsqu'elle parle des οἰκίας au lieu des οἴκους. Schulthess, p. 211.

lui ordonnant de louer le patrimoine du pupille ; 2° lorsque, ne voulant pas l'administrer lui-même, il l'a laissé improductif sans le louer. C'est vraisemblablement ce que veut exprimer la définition suivante donnée par Suidas, v° φάσις, art. 1 : ἔτι δὲ καὶ τοὺς ἐπιτρόπους τῶν ὀρφανῶν αἰτιώμενοι παρὰ τοῖς ἄρχουσιν, ὡς οὐ δεόντως μεμισθωκότας τὸν τῶν ὀρφανῶν οἶκον προσφαίνειν λέγονται [1]. C'est donc seulement lorsque le tuteur n'a pas rempli les obligations que la loi lui impose relativement à la μισθώσις οἴκου, lorsqu'il s'est comporté οὐ δεόντως, que la φάσις est recevable.

Si toutefois l'on croit une autre définition donnée par Suidas au même mot φάσις, art. 2, et empruntée textuellement à Harpocration [2], les mots οὐ δεόντως devraient être interprétés dans un sens plus large. Cette définition porte, en effet : φάσις λέγεται δὲ καὶ ἐπὶ τῶν ὀρφανικῶν οἴκων· ὅτι γὰρ μὴ ἐκμισθώσαιεν οἱ ἐπιτρόποι τὸν οἶκον τῶν ἐπιτροπευομένων ἔφαινεν αὐτὸν ὁ βουλόμενος πρὸς τὸν ἄρχοντα, ἵνα μισθωθῇ, ἔφαινεν δὲ καὶ, εἰ ἐλάττονος ἢ κατὰ τὴν ἀξίαν μεμίσθωτο. D'après cette définition, la φάσις serait recevable dans le cas où le tuteur aurait loué à trop bon marché le patrimoine du pupille. Mais, bien que cette solution soit admise par certains auteurs [3], nous ne pensons pas que la φάσις soit possible en pareille hypothèse. Du moment, en effet, qu'il y a eu adjudication publique, sous la surveillance de l'archonte et en présence du tribunal, et que cette publicité et ce contrôle ont précisément pour but de dégager le tuteur de tout soupçon et de toute responsabilité relativement à la location, on ne comprendrait pas que l'on pût venir ensuite reprocher au tuteur par voie de φάσις les conditions désavantageuses d'une location à laquelle il est resté

(1) Cette même définition se trouve dans Photius, v° φάσις, article 1, avec cette seule différence que les mots τὸν ὀρφανὸν οἶκον remplacent ceux : τὸν ὀρφανῶν οἶκον.

(2) Harpocration, v° φάσις.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 296. Toutefois à la p. 362, Lipsius ajoute : « wenn wir den Grammatikern Glauben schenken dürfen. »

étranger. Si l'on veut donner une signification quelconque à la définition en question, on peut seulement admettre que la φάσις serait possible dans le cas où l'on viendrait à découvrir, postérieurement à la location, que le tuteur s'est rendu coupable de collusion ou de tromperie, pour devenir lui-même locataire à un taux très bas des biens du pupille [3].

Nous ne possédons, au surplus, que des renseignements assez incertains sur la procédure et le jugement de la φάσις μισθώσεως οἴκου. Cette action est portée devant l'archonte, surveillant officiel de tout ce qui touche à la tutelle [2]. Il est tout naturel que ce magistrat, sous le contrôle de qui s'est effectuée la location, soit chargé de l'instruction de tous les procès qui peuvent s'élever à la suite ou à l'occasion de cette location [3].

La φάσις peut être intentée par tout citoyen, ὁ βουλόμενος [4]. Elle doit, en conséquence, être rangée parmi les actions publiques. Les témoignages des lexicographes paraissent, il est vrai, assez contradictoires sur ce point. Ainsi Pollux la compte, dans un endroit [5], parmi les δικαί ; mais, un peu plus loin [6], il range beaucoup plus exactement la φάσις parmi les γραφαί, à côté de l'εἰσαγγελία, en disant à propos de ces deux actions : ἐξῆν γὰρ τῷ βουλομένῳ γράφεσθαι. Le lexique de Séguier [7] semble également considérer la φάσις μίσθωσεως οἴκου comme une action privée, lorsqu'il dit, à propos des faits qui lui donnent naissance : ἰδιωτικόν ἐστι τὸ ἀδίκημα. Mais

(1) Cf. en ce sens : Schulthess, p. 211, 212 ; Lécrivain, *loc, cit.*, p. 731.

(2) Pollux, VIII, 47 : ἐφαίνοντο δὲ πρὸς τὸν ἄρχοντα. Cf. Suidas, v° φάσις, article 1 ; Lexic. Seg. (Bekker), p. 315, 16 ; Harpocration, v° φάσις.

(3) Cf. Schulthess, p. 212, 213.

(4) Suidas, v° φάσις, article 2. Cf. Suidas, *ibid.*, article 1 : οἱ αἰτώμενοι. Pollux, VIII, 48 : καὶ εἰ ἄλλο ὑπὲρ αὐτῶν φήνειεν.

(5) Pollux, VIII, 31.

(6) *Ibid.*, VIII, 4.

(7) Bekker, *Anecd.*, I, p. 313, 20.

cette expression a simplement pour but de montrer la différence qui existe, à un point de vue spécial, entre la φάσις admise au profit des pupilles et la φάσις admise au profit du fisc, à propos de laquelle l'auteur du lexique dit, avec raison, δημόσιόν ἐστιν ἀδίκημα, c'est-à-dire qu'elle suppose un délit contre la chose publique, tandis que la φάσις du pupille n'a trait qu'à des intérêts privés [1].

La φάσις est introduite au moyen d'une plainte déposée entre les mains de l'archonte et celui-ci, après avoir instruit l'affaire, la transmet au tribunal. Pollux, nous dit, à ce sujet : ἐδίδοσαν δὲ ἐν γραμματείῳ γράψαντες τὴν φάσιν τά θ' ἑαυτῶν καὶ τὸ τοῦ κρινομένου ὀνόματα προσγράψαντες καὶ τίμημα ἐπιγραψάμενοι· ὁ δὲ ἄρχων παρεδίδου τὴν κρίσιν δικαστηρίῳ [2]. Il ajoute : ἔδει δὲ καὶ κλητῆρας προσεπιγράφεσθαι τὸν φαίνοντα, εἰ εἰσὶ μάρτυρες. Il est probable que dans la φάσις comme dans l'εἰσαγγελία [3], l'instruction de l'affaire doit être menée rapidement.

L'exercice de la φάσις μισθώσεως οἴκου est loin toutefois d'être rendu aussi facile pour le demandeur que celui de l'εἰσαγγελία κακώσεως ὀρφανῶν. Ainsi d'abord celui qui intente la φάσις doit consigner préalablement les πρυτανεῖα. Cette règle, qui est posée pour un cas spécial de φάσις, contre celui qui arrache un olivier [4], doit vraisemblement être étendue à tous les autres cas de φάσις [5]. D'un autre côté, la φάσις offre un certain danger pour le demandeur, car il est condamné à une amende de 1.000 drachmes s'il n'obtient pas la cinquième partie des suffrages : Pollux [6] le déclare formellement. Il est probable, du reste, qu'outre cette amende, le

(1) Bœckh, t. I, p. 424, 425 ; Schulthess, p. 213 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 731. V. toutefois Platner, *Process*, II, p. 284.

(2) Pollux, VIII, 47.

(3) V. *supra*, p. 282.

(4) Démosthène, *C. Macart.*, § 71.

(5) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 300 ; Schulthess, p. 215.

(6) Pollux, VIII, 41 : καὶ ἐκ πασῶν τούτων (c'est-à-dire, τῶν γραφῶν au nombre desquelles Pollux vient de citer la φάσις) ὁ μὴ μεταλαβὼν τὸ πέμπτον μέρος τῶν ψήφων προσωφλίσκανε χιλίας.

demandeur encourt, en cas d'insuccès, une atimie partielle qui le rend désormais incapable d'intenter une autre accusation du même genre [1]. Pollux [2] paraît même aller plus loin et, d'après lui, le demandeur qui succombe dans sa φάσις devrait même payer l'épobélie, c'est-à-dire l'amende consistant dans la sixième partie de la somme qui est en jeu ou de la valeur de l'objet litigieux. Mais cette proposition de Pollux, bien qu'elle soit admise par certains auteurs [3], nous paraît fort contestable et elle ne repose, à notre avis, que sur une confusion entre l'amende de 1.000 drachmes, dont nous venons de parler et qui a lieu dans les procès publics, et l'épobélie qui n'a lieu, au contraire, que dans les procès privés. On pourrait, il est vrai, expliquer ce cumul de l'amende de 1000 drachmes et de l'épobélie en disant que la φάσις a le double caractère d'une action publique et d'une action privée [4]. Mais cette considération n'est point, selon nous, suffisante pour justifier la prétendue rigueur déployée contre celui qui forme la φάσις μισθώσεως οἴκου, alors que l'esprit de la loi serait plutôt de favoriser toute action intentée dans un but de protection pour les mineurs [5].

La φάσις μισθώσεως οἴκου est une action estimable [6] et, par suite, le défendeur doit être condamné à la somme fixée par les juges. Cette somme revient-elle entièrement au pupille lésé, ou bien l'accusateur n'a-t-il pas le droit d'en réclamer une certaine partie? Pollux paraît poser pour toutes les φάσεις la règle que : τὸ τιμηθὲν ἐγίγνετο τῶν ἀδικουμένων, εἰ καί τις ἄλλος ὑπὲρ

(1) Démosthène, *C. Theocr.*, § 6. Cf. Schulthess, p. 215; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 301.

(2) Pollux, VIII, 48 : ὁ δὲ μὴ μεταλαβὼν τὸ πέμπτον μέρος τῶν ψήφων τὴν ἐπωβελίαν προσωφλίσκανεν.

(3) Bœckh, t. I, p. 433; Schœmann-Galuski, t. I, p. 556, note 4; Thonissen, p. 378.

(4) V. *supra*, p. 298.

(5) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 301, texte et note 288; Schulthess, p. 215; Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, v° *Epobélie*.

(6) Pollux, VIII, 48.

αὐτὸν φήνειεν [1], ce qui vise bien le cas où un tiers a intenté la φάσις dans l'intérêt du mineur. Il est certain cependant que cette règle est étrangère aux φάσεις intentées dans l'intérêt du fisc et dans lesquelles l'accusateur avait droit à la moitié de la condamnation prononcée contre le défendeur [2]. En restreignant aux φάσεις intentées dans un intérêt privé la règle précitée de Pollux, on peut cependant hésiter à refuser à l'accusateur une part quelconque dans le montant de la condamnation. Il semble équitable, en effet, de lui donner une compensation de ses peines et aussi des dangers auxquels il s'expose en formant la φάσις, car, ainsi que nous l'avons vu, il paie une amende assez élevée s'il succombe, et peut-être même aussi l'épobélie. Le témoignage de Pollux n'est point suffisant pour écarter cette solution : nous avons vu, en effet, que la règle posée par le lexicographe est manifestement inexacte à un certain point de vue ; elle peut donc l'être également à un autre [3].

Pollux [4] pose, en ce qui concerne le jugement des φάσεις, une règle qui devait être également applicable à la φάσις μισθώσεως οἴκου, et qu'il formule ainsi : εἰσήγετο δὲ τὰ μὲν ἐντὸς χιλίων εἰς ἕνα καὶ τετρακοσίους. Il en résulte que si l'objet du procès a une valeur inférieure à 1.000 drachmes, le tribunal doit être composé de 201 héliastes au moins, et que, au-delà de cette valeur, la présence de 401 héliastes est nécessaire [5].

Nous avons précédemment considéré la φάσις μισθώσεως οἴκου comme un cas d'application de l'εἰσαγγελία κακώσεως. On peut dire, en effet, que le tuteur, lorsqu'il ne rend pas productif le

(1) Pollux, *ibid.*

(2) Démosthène, *C. Theocr.*, § 13. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 296.

(3) Schulthess, p. 214. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 300 ; Schœmann, *Antiq. jur. publ.*, p. 217.

(4) Pollux, VIII, 49.

(5) Cf. Heffter, p. 55 ; Frænkel, p. 102 ; Schulthess, p. 216 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 170.

patrimoine du pupille commet à l'égard de celui-ci une κάκωσις. Les deux actions diffèrent cependant à plusieurs points de vue. Nous avons vu que la φάσις est moins accessible, à certains égards, que l'εἰσαγγελία, et qu'elle est également plus périlleuse pour le demandeur, mais aussi, par contre, qu'elle peut vraisemblablement procurer à celui-ci un avantage qu'il ne rencontre pas dans l'exercice de l'εἰσαγγελία. On peut, dès lors, se demander, si dans le cas où le tuteur a contrevenu à ses obligations concernant la μίσθωσις οἴκου, on ne peut pas agir contre lui indifféremment par voie de φάσις et par voie d'εἰσαγγελία. Nous croyons devoir admettre l'affirmative. Nous avons, il est vrai, en exposant les règles de l'εἰσαγγελία, admis que le demandeur n'avait pas simultanément à sa disposition la voie ordinaire de la γραφή et la voie extraordinaire de l'εἰσαγγελία. Mais la raison en est qu'il n'a aucun intérêt à user de la γραφή, cette action étant pour lui, à tous égards, beaucoup moins avantageuse que l'εἰσαγγελία [1]. Il en est autrement dans le cas que nous examinons, car l'εἰσαγγελία et la φάσις présentent chacune, comme nous l'avons indiqué, des avantages spéciaux, et il n'y a aucune raison pour priver le demandeur du droit de choisir entre l'une ou l'autre, suivant son intérêt. Cette solution est conforme à l'esprit de la loi qui est d'assurer le mieux possible la protection des mineurs. Elle est conforme également, d'une manière plus générale, à l'esprit du droit attique qui n'hésite pas, pour mieux arriver à la répression des infractions, à ouvrir simultanément plusieurs voies entre lesquelles l'accusateur peut opter. C'est ainsi qu'en cas de meurtre, on peut agir non seulement par la voie normale de la γραφή mais encore par voie d'ἔνδειξις, d'ἀπαγωγή ou d'ἐφήγησις. De même, en cas de sycophantie, l'accusateur peut opter entre la προβολή, la γραφή, l'εἰσαγγελία et la φάσις. On peut donc très bien admettre qu'en cas de contravention à ses obligations relatives à la μίσθωσις

(1) V. *supra*, p. 292.

οἴκου, le tuteur peut être poursuivi non seulement par la φάσις, qui est l'action spécialement appropriée à ce cas, mais encore par l'εἰσαγγελία, qui est l'action générale, destinée à réprimer toute κάκωσις dans quelque circonstance qu'elle se produise [1].

C. — Δίκη ἐπιτροπῆς.

Cette action, qui ne peut être intentée qu'après la cessation de la tutelle par la majorité du pupille, a pour but de forcer le tuteur à rendre ses comptes [2], lorsqu'il s'y refuse, ou de critiquer ceux qu'il présente à son ex-pupille et que celui-ci n'accepte pas. Elle correspond ainsi à l'*actio de rationibus distrahendis* et à l'*actio tutelæ directa* du droit romain [3].

La δίκη ἐπιτροπῆς [4], qui est principalement une action en dommages-intérêts [5] tendant à obtenir la restitution des biens

(1) Cf. en ce sens : Heffter, p. 383 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 235 ; Schulthess, 219, 220.

(2) Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, § 15 : ὡς γὰρ οὐκ ἀποδόντι λόγον ἐγκαλοῦντες φαίνονται.

(3) Il n'est pas question, dans le droit attique, d'une action spéciale, correspondant à l'*actio tutelæ contraria* du droit romain et permettant au tuteur de se faire indemniser par le pupille de toutes les sommes qu'il a pu débourser pour son compte. Le tuteur n'a donc à sa disposition que les voies de droit ordinaires, notamment la βλάβης δίκη.

(4) C'est là le nom habituel de cette action. On rencontre également dans le discours de Démosthène contre Midias, § 78, l'expression suivante : τὰς δίκας ἔλαχον τῶν πατρῴων τοῖς ἐπιτρόποις. Denys d'Halicarnasse, dans l'*argumentum* du discours de Lysias contre Diogiton, emploie les mots κακῆς ἐπιτροπῆς. Mais, comme l'observe Mœris (p. 143), cette expression n'est pas attique : τὸ γὰρ κακῆς ἐπιτροπῆς ἀνόητον, ἀγαθῆς γὰρ οὐδεὶς δικάζεται. Cf. Blass, *Attis. Bereds.*, I, p. 619, note 4 ; Van den Es, p. 151, note 3 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 563, note 229 ; Schulthess, p. 221, note 1. Platon (*Leges*, XI, p. 928 c) emploie l'expression δίκην λαχεῖν ἐπιτροπίας, mais probablement pour éviter la répétition du mot ἐπιτροπῆς dont il venait de se servir plusieurs fois auparavant. Cf. Schulthess, p. 221, note 1.

(5) La δίκη ἐπιτροπῆς n'est, au fond, qu'une forme particulière de la δίκη βλάβης. Cf. Meier, *De bon. damnat.*, p. 155 ; Schulthess, p. 190.

dont le tuteur est débiteur envers son pupille [1], est une action privée, et, comme nous l'avons précédemment établi, il n'y a pas de γραφή ἐπιτροπῆς.. En conséquence, l'action ἐπιτροπῆς ne peut être intentée que par la partie directement intéressée à la réparation du préjudice, c'est-à-dire par le pupille ou par ses représentants [2]. Nous avons à rechercher les règles spéciales auxquelles est soumis l'exercice de cette action, étude qui est relativement plus facile à faire que celle des règles de la φάσις μισθώσεως οἴκου, car nous possédons plusieurs plaidoyers prononcés à l'occasion de δίκαι ἐπιτροπῆς, notamment ceux que Démosthène a prononcés contre ses tuteurs.

De même que dans tous les procès de famille, en général, la procédure de notre action débute ordinairement par une tentative de conciliation devant des arbitres. Les Athéniens paraissent, en effet, avoir répugné à porter directement devant les tribunaux les contestations de famille, soit qu'ils aient craint d'indisposer les juges, soit qu'ils aient voulu mettre préalablement un certain nombre de personnes au courant de la difficulté [3]. Les arbitres, διαιτηταί, auxquels les parties recourent ainsi avant d'engager l'instance proprement dite, sont ou des arbitres privés, nommés à la suite d'un compromis, διαιτηταὶ αἱρετοί, ou des arbitres publics ou imposés par le sort, διαιτηταί κληρωτοί.

C'est d'abord à des arbitres privés que les parties s'adressent quelquefois pour tenter d'arriver à une transaction. Le nombre de ces arbitres dépend entièrement de la volonté des parties, et il est ordinairement de trois, afin de préve-

(1) Arg. Démosthène, *C. Midiam*, § 78. *Supra*, p. 303, note 4.

(2) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, I, p 2; Schulthess, p 194, note 1.

(3) Cf. Schulthess, p. 221, 222. Aussi l'orateur du plaidoyer contre Diogiton s'excuse-t-il, au début de son discours, d'avoir engagé un procès contre le tuteur infidèle : οὐκ ἄν ποτε εἰς ὑμᾶς εἰσελθεῖν τοιούτους εἴασα, νομίζων αἴσχιστον εἶναι πρὸς τοὺς οἰκείους διαφέρεσθαι, εἰδώς τε ὅτι οὐ μόνον οἱ ἀδικοῦντες χείρους ὑμῖν εἶναι δοκοῦσιν, ἀλλὰ καὶ οἵτινες ἂν ἔλαττον ὑπὸ τῶν προσηκόντων ἔχοντες ἀνέχεσθαι μὴ δύνωνται. Lysias, *C. Diogit.*, § 1.

nir les partages d'opinions. Ils sont choisis de préférence parmi les parents ou amis des parties [1]. Ces arbitres statuent avant tout *ex æquo et bono*, se préoccupant moins de conformer leur sentence au droit strict que d'arriver, si c'est possible, à un accommodement entre les parties. Ces arbitres jugent en dernier ressort et, du moins à l'époque classique, aucun recours n'est possible contre leur décision, soit devant les magistrats, soit devant les tribunaux [2].

Cette impossibilité d'interjeter appel contre la sentence des arbitres privés détournait le plus souvent les parties de recourir à leur intermédiaire dès qu'il s'agissait, non plus d'une simple discussion sur les comptes de tutelle, mais d'un procès sérieux entre le tuteur et son ancien pupille. Aussi ne rencontrons-nous qu'un exemple de transaction intervenue devant des arbitres privés, celui dont il est question dans le plaidoyer de Démosthène contre Nausimaque et Xénopithe. Ceux-ci avaient intenté contre leur tuteur Aristechme une action ἐπιτροπῆς, mais une transaction était intervenue entre les parties devant des arbitres privés dont l'orateur déplore le décès, parce qu'ils auraient pu attester que son père Aristechme avait autrefois reçu décharge du compte de tutelle [3]. Nous voyons qu'au contraire les tuteurs de Démosthène se sont toujours refusés à un semblable arbitrage, et, dans ses divers plaidoyers contre eux, Démosthène insiste à plusieurs reprises sur ce point que ses adversaires ont toujours redouté l'arbitrage de famille qu'il leur proposait et ont préféré recourir aux tribunaux [4].

(1) Lysias, *C. Diogit.*, § 2 : τὸ μὲν πρῶτον ἔπεισα αὐτοὺς τοῖς φίλοις ἐπιτρέψαι δίαιταν.

(2) Cf. sur les arbitres privés, Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Diaitétai*, p. 129.

(3) Démosthène, *C. Naus. et Xenop.*, §§ 5-8. Cf. Baumstark, sur Schmeisser, p. 30, note; Schulthess, p. 223.

(4) V. Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 1; *C. Onetor.*, I, § 1. Dans son troisième plaidoyer contre Aphobos (§ 58), Démosthène raconte comment celui-ci, après

Quand la contestation n'a pas été tranchée par les arbitres privés, soit que ceux-ci n'aient point osé la résoudre, soit que les parties n'aient pas eu recours à cette sorte d'arbitrage, l'instance proprement dite s'engage. Le procès est de la compétence de l'archonte éponyme [1]. C'est à ce magistrat [2] que le demandeur doit remettre sa plainte. Le troisième plaidoyer de Démosthène contre Aphobos, plaidoyer dont l'authenticité est, du reste, fort contestable, nous rapporte le commencement de la plainte formulée par l'orateur contre son tuteur Aphobos : ἔστιν οὖν τοῦ μὲν ἐγκλήματος ἀρχή· « τάδ' ἐγκαλεῖ Δημοσθένης Ἀφόβῳ· ἔχει μου χρήματ' Ἄφοβος ὑπ' ἐπιτροπῆς ἐχόμενα, ὀγδοήκοντα μὲν μνᾶς, ἣν ἔλαβε προῖκα τῆς μητρὸς κατὰ τὴν διαθήκην τοῦ πατρός [3] ».

L'archonte, saisi de la plainte, doit, en sa qualité de ἡγεμὼν τοῦ δικαστηρίου, procéder au tirage au sort des arbitres publics chargés de procéder préalablement, à une tentative de conciliation entre les parties [4]. Les arbitres publics n'étant pas rétribués par le Trésor, l'indemnité à laquelle ils ont droit leur

avoir d'abord accepté l'arbitrage de trois amis, a ensuite congédié les arbitres quand il leur eut entendu dire que, s'ils étaient appelés à rendre une sentence sous la foi du serment, ils condamneraient la gestion de la tutelle.

(1) Harpocration, v° ἡγεμονία δικαστηρίου : ἄλλαι πρὸς ἄλλους τῶν ἀρχόντων ἐλαγχάνοντο δίκαι... οἷον πρὸς μὲν τὸν ἄρχοντα αἱ τῶν ὀρφανῶν καὶ ἐπικλήρων. Cf. Aristote, *Constit. des Ahén.*, c. 56.

(2) Ou au πάρεδρος ou même au greffier. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 42 et 795; Schulthess, p. 225, note 1. S'il s'agit de métèques, c'est naturellement le polémarque qui est compétent, et tout ce que nous disons de l'archonte éponyme s'applique également au polémarque.

(3) Démosthène, *C. Aphob.*, III, § 31. Cf. Schmeisser, p. 29 ; Schulthess, p. 225.

(4) Lex. Rhet. Cantabr., v° μὴ οὖσα δίκη· διὸ καὶ ἐκεῖνο νόμος μὴ εἰσάγεσθαι δίκην, εἰ μὴ πρότερον ἐξετασθείη παρ' αὐτοῖς (τοῖς διαιτηταῖς) τὸ πρᾶγμα. Pollux, VIII, 126 : πάλαι οὐδεμία δίκη πρὶν ἐπὶ διαιτητὰς ἐλθεῖν εἰσήγετο. Ce recours préalable à des arbitres publics paraît avoir été rendu obligatoire pour la plupart des procès par une loi publiée postérieurement à Euclide. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 48 et 825; Schulthess, p. 223, 224. Dans son troisième plaidoyer contre Aphobos (§ 58), Démosthène montre comment son adversaire, après avoir congédié les arbitres privés, dut se présenter devant l'arbitre désigné par le sort.

est payée directement par les parties, et chacune d'elles doit, en conséquence, déposer une παράστασις d'une drachme [1]. A la différence des héliastes, qui sont simplement juges et auxquels l'affaire n'arrive après que l'instruction en est terminée, les arbitres publics sont tout à la fois chargés de l'instruction et du jugement du procès [2]. La décision de ces arbitres est susceptible d'appel, ἔφεσις [3]. Il peut d'ailleurs y avoir, devant ces arbitres, transaction sur certains points tandis que le désaccord subsiste sur les autres.

Lorsqu'il y a appel de la sentence des arbitres publics [4], l'affaire est portée devant le tribunal des héliastes et elle se déroule devant ce tribunal conformément aux règles ordinaires de la procédure. Les deux parties consignent préalablement les πρυτανεῖα [5]. Conformément à la règle générale qui condamne à l'épobélie le demandeur qui succombe dans son action, l'ex-mineur qui intente la δίκη ἐπιτροπῆς est quelquefois exposé à un assez grand danger s'il n'obtient pas au moins la cinquième partie des suffrages. C'est ainsi que, dans le procès qu'il intente à ses tuteurs, Démosthène, qui réclame à Aphobos dix talents, est exposé à payer cent mines à titre d'épobélie [6].

Le tuteur qui succombe encourt-il également l'épobélie s'il ne réunit pas de son côté le cinquième des voix au moins? On a enseigné l'affirmative en se fondant sur des textes de Pollux [7] dans lesquels cet auteur paraît admettre l'épobélie,

(1) Pollux, VIII, 29 et 127. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Diaitétai*, p. 126.

(2) Caillemer, *loc. cit.*, p. 128.

(3) Cf. Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, v° *Ephésis*, p. 640.

(4) Tel est le cas d'Aphobos, lorsqu'il a été condamné par l'arbitre désigné par le sort. Démosthène, *C. Aphob.*, III, § 58.

(5) Schulthess, p. 226. Cf. sur le montant des sommes que Démosthène a dû consigner à ce titre dans ses procès avec ses tuteurs, Bœckh, I, p. 416 et s.; Schulthess, *loc. cit.*

(6) Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 67 et 69; *C. Aphob.*, II, § 18. Cf. Schmeisser, p. 42; Schulthess, p. 232.

(7) Pollux, VIII, 39 : ἐπωβελία δ'ἦν τὸ ἕκτον τοῦ τιμήματος, ὀφείλειν ὁ

d'une manière générale, contre toute partie perdante, que ce soit le demandeur ou le défendeur [1]. Mais cette opinion nous paraît fort contestable. Harpocration [2], en effet, qui, en général, est plus digne de confiance que Pollux, ne représente l'ἐπωβελία que comme une amende infligée au demandeur battu. Cette solution est, du reste, plus conforme au caractère général de l'épobélie qui joue, dans les procès privés, un rôle semblable à celui de l'amende de 1.000 drachmes infligée au demandeur qui succombe dans un procès public. L'épobélie a pour but de prévenir les procès téméraires; elle ne doit donc rationnellement atteindre que le demandeur, c'est-à-dire, dans notre espèce, le mineur qui intente l'action de tutelle [3].

Démosthène ajoute, dans son premier discours contre Aphobos, que, s'il est condamné, non seulement il perdra tout son patrimoine et encourra l'épobélie, mais encore sera frappé d'atimie [4]. On peut hésiter sur le caractère de cette atimie. Peut-être le demandeur qui ne recueillait pas la cinquème partie des suffrages était-il frappé, outre l'épobélie, d'une atimie partielle qui le rendait désormais incapable d'exercer aucune action semblable à celle dans laquelle il avait succombé [5]. Ou bien, et c'est là une hypothèse qui nous paraît plus vraisemblable, Démosthène veut-il dire que si son action est rejetée, il se trouvera dans l'impossibilité de payer l'épobélie et pourra, par suite, se trouver frappé de l'atimie qui atteint les débiteurs de l'Etat. C'est qu'en effet Aphobos, pour se faire payer les 100 mines d'épobé-

αἱρεθείς. VIII, 48 : ὁ δὲ μὴ μεταλαβὼν τὸ πέμπτον μέρος τῶν ψήφων τὴν ἐπωβελίαν προσωφλίσκανεν.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 563.

(1) Harpocration, v° ἐπωβελία : τὸ ἕκτον μέρος τοῦ τιμήματος, ὅπερ ἐδίδοσαν οἱ διώκοντες τοῖς φεύγουσιν, εἰ μὴ ἕλοιεν.

(3) Cf. en ce sens : Schulthess, p. 232, 233; Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, v° *Epobélie*, p. 733.

(4) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 67 : ἀλλὰ καὶ πρὸς ἠτιμωμένος.

(5) Cf. Schulthess, p. 233.

lie, aurait dû intenter contre Démosthène une δίκη ἐξούλης qui aurait eu pour résultat de rendre celui-ci débiteur envers l'Etat d'une somme égale à celle réclamée par Aphobos [1]. C'est donc l'atimie des débiteurs du fisc qui menace Démosthène, plutôt que l'atimie partielle dont nous avons parlé précédemment [2].

La δίκη ἐπιτροπῆς est une action estimable, ἀγὼν τιμητός. Démosthène le dit expressément à propos du procès qu'il intente à son tuteur Aphobos [3], et cette solution est conforme au caractère de l'action, qui, comme nous l'avons dit, est principalement celui d'une action en dommages-intérêts [4]. En conséquence, le pupille demandeur propose une estimation, τίμημα,, de ce qu'il réclame à son adversaire, estimation qui, dans le procès de Démosthène contre Aphobos, était de 10 talents, car la créance de l'orateur contre ses tuteurs se montait à 30 talents, dont un tiers à la charge d'Aphobos. Puis le défendeur, c'est-à-dire le tuteur, propose à son tour une autre estimation, ἀντιτίμημα, qui, dans le même procès, a été fixée pour Aphobos à un talent [5].

(1) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 956 et s.; Gilbert, t. I p. 466 ; Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, vº *Exoulès dikè.*

(2) Cf. Baumstark, sur Schmeisser, p. 41, note; Bœckh, I, p. 450 ; Schulthess, p. 233.

(3) Voici le passage très important du premier plaidoyer contre Aphobos, § 67, où Démosthène indique les conséquences que le procès peut entraîner, soit pour son adversaire, soit pour lui-même : καὶ νῦν κομίσασθαι τἀμαυτοῦ ζητῶν εἰς κίνδυνον καθέστηκα τὸν μέγιστον. ἂν γὰρ ἀποφύγῃ με οὗτος, ὃ μὴ γένοιτο, τὴν ἐπωβελίαν ὀφλήσω μνᾶς ἑκατόν· καὶ τούτῳ μὲν, ἐὰν καταψηφίσησθε, τιμητόν, κοὐκ ἐκ τῶν ἑαυτοῦ χρημάτων ἀλλ' ἐκ τῶν ἐμῶν ποιήσεται τὴν ἔκτισιν. ἐμοὶ δ' ἀτίμητον τοῦτ' ἔστιν, ὥστ' οὐ μόνον ἔσομαι τῶν πατρῴων ἀπεστερημένος ἀλλὰ καὶ πρὸς ἠτιμωμένος.

(4) Cela résulte également de ce passage du plaidoyer d'Isée sur l'héritage d'Apollodore, § 6 : οὕτω διῴκησεν ἐπιτροπεύων ὥστε τριῶν αὐτῷ ταλάντων δίκην ὀφλεῖν.

(5) On voit, en effet, dans le premier plaidoyer de Démosthène contre Onétor, § 32, qu'au moment où la condamnation venait d'être prononcée contre Aphobos, Onétor monta au tribunal et intercéda avec instance en faveur d'Aphobos, pleurant, suppliant, pour que l'estimation du litige ne dépassât point un talent

Le jury opine alors pour celle des deux parties dont l'estimation lui paraît la plus juste, mais, en général, il se montre plutôt favorable aux prétentions du mineur [1], ainsi que cela eut lieu, du reste, dans le procès de Démosthène [2]. Quant à celui-ci, comme il a dû, au début de l'instance, fixer son τίμημα, et qu'en conséquence l'épobélie a été fixée provisoirement pour lui à la somme de 100 mines, le procès est, en ce qui le concerne, un ἀγὼν ἀτίμητος [3].

Le tuteur, lorsqu'il succombe, n'est condamné qu'à une somme d'argent représentative du préjudice qu'il a causé au pupille; il n'encourt ni amende, ni peine corporelle d'aucune sorte. Il est vrai que, dans le procès de Diogiton, où, comme nous l'avons vu, il s'agit d'une δίκη ἐπιτροπῆς, l'auteur dit, en parlant du tuteur défendeur, qu'il a préféré, en plaidant, ὑπομένειν τοὺς ἐσχάτους κινδύνους. Mais il n'en résulte nullement que le tuteur soit exposé à autre chose qu'à une condamnation pécuniaire. Les expressions employées par l'orateur ne sont qu'une exagération oratoire [4].

Dans la δίκη ἐπιτροπῆς, à la différence de ce qui a lieu

(ταλάντου τιμῆσαι), se portant lui-même caution pour cette somme. Cf. Démosthène, *C. Onetor.*, II, § 10.

(1) Cf. Démosthène, *C. Nausimach.*, § 20.

(2) Cf. Schmeisser, p. 40 et s.; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 563; Gide et Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dikè*, p. 202; Schulthess, p. 227. — Baumstark (sur Schmeisser, *loc. cit.*) rapporte, en l'approuvant, l'observation suivante de Reiske sur le procès de Démosthène : « Aphobo condemnatio constat solummodo æstimatione litis, seu judices ei mulctam arbitrariam (melius damni compensationem) irrogant : qua in re, perquam incerta, potest reus aut premi aut sublevari, prout judicum gratia valet aut minus. Quod si ergo Aphobus gratiosus est et multos habet sibi studiosos in numero judicum, potest, mulcta quadam (minus bene mulctæ vocabulo utitur) tralaticia et facile ferenda mulctatus, ad speciem solummodo, dicis causa, irrogata, aufugere. Mihi vero mulcta luenda est non arbitrio et gratiæ odiove judicum permissa, sed a legibus constituta, quam, ut non augere, ita neque minuere licet judicibus. » Baumstark ajoute : « Unde clare perspicitur τιμητὸν ἀγῶνα minus formidolosum fuisse quam ἀτίμητον.

(3) Schmeisser, p. 40 ; Schulthess, 227, note 1.

(4) V. *supra*, p. 286.

probablement pour la φάσις μισθώσεως οἴκου [1], le montant de la condamnation prononcée contre le tuteur revient exclusivement au pupille. Si, d'autre part, le mineur éprouve de la résistance, soit de la part du tuteur, soit de la part d'un tiers, lorsqu'il veut exécuter le jugement rendu à son profit et obtenir la restitution de son patrimoine, il peut recourir à la δίκη ἐξούλης. C'est ainsi que Démosthène, ayant gagné son procès contre Aphobos, et voulant prendre possession d'une terre appartenant à ce dernier, intente la δίκη ἐξούλης contre Onétor qui l'a expulsé de cette terre en se prétendant créancier hypothécaire de son beau-frère Aphobos [2]. La condamnation prononcée contre le tuteur peut d'ailleurs s'exécuter sur tous ses biens, ainsi que sur les biens de sa femme dont il a pu devenir propriétaire [3]. Nous aurons à voir ultérieurement si le mineur n'a point une hypothèque légale sur tous les biens de son tuteur afin de garantir le recouvrement des condamnations qui pourraient être prononcées contre ce dernier.

La tutelle est, comme nous l'avons vu, généralement exercée par plusieurs tuteurs. Comment, en pareil cas, le droit d'action du pupille se règle-t-il ? Si nous supposons d'abord que la gestion de la tutelle a été divisée entre les tuteurs [4], chacun d'eux n'est évidemment responsable que de la part de gestion qui lui a été confiée, mais aussi peut-il être poursuivi pour toute cette part, même si elle est supérieure à sa part virile. Si, par exemple, il y a trois tuteurs testamentaires, et que le père de famille ait confié à l'un d'eux la gestion des biens immobiliers, évalués à la moitié de sa

(1) V. *supra*, p. 300-301.

(2) Démosthène, *C. Onet.*, I. — Cf. Schmeisser, p. 51.

(3) C'est ainsi que Timocrate et Onétor ont mieux aimé rester débiteurs de la dot de la femme d'Aphobos que de la livrer à ce dernier pour qu'elle tombât dans son patrimoine, qui allait se trouver si gravement compromis par suite de la condamnation obtenue par Démosthène : *C. Onet.*, I, § 10. V. *supra*, t. I, p. 302 et s.

(4) V. *supra*, p. 237.

fortune, en confiant aux deux autres tuteurs la gestion d'une industrie ou d'un commerce, le premier tuteur peut être poursuivi par le pupille pour tous les biens immobiliers, c'est-à-dire pour moitié de la fortune totale [1].

Dans le cas qui est le plus fréquent, où les divers tuteurs gèrent indivisément, sont-ils responsables solidairement, ou bien ne le sont-ils, au contraire, que *pro rata parte*, de sorte qu'il faille autant de plaintes et d'actions distinctes qu'il y a de tuteurs et de pupilles ? C'est cette dernière solution qui a été admise par le droit attique [2]. Ainsi Démosthène, qui se plaint amèrement des dilapidations dont il a été victime de la part d'Aphobos, de Démophon et de Thérippide, ses trois tuteurs, ligués pour le spolier de sa fortune, κοινῇ διαπεφορημένων, ne poursuit cependant qu'Aphobos et lui demande seulement la réparation du tiers du préjudice [3]. En conséquence, la condamnation prononcée contre Aphobos ne se monte qu'à 10 talents, bien que Démosthène ait droit de réclamer à ses trois tuteurs une somme totale de trente talents [4].

Lorsque le mineur agit ainsi séparément contre un de ses tuteurs, la condamnation contre le défendeur ne peut être prononcée que pour sa part. Mais les juges ne peuvent-ils pas en même temps fixer le montant total des condamnations qu'à leur avis le demandeur est en droit d'obtenir, de sorte que celui-ci n'aurait plus besoin de recommmencer le procès contre les autres tuteurs et qu'il pourrait les poursuivre,

(1) Cf. Platner, *Process*, II, p. 289 ; Schmeisser, p. 48 et s. V. toutefois Schulthess, p. 236.

(2) Le droit romain avait admis, au contraire, que le pupille peut, en principe, poursuivre pour le tout celui des tuteurs qu'il lui plaît de choisir. Cf. Accarias, I, n° 151.

(3) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 29 : τὸ τρίτον δήπου μέρος παρὰ τούτου μοι προσήκει κεκομίσθαι.

(4) Cf. Caillemer, *Louage*, p. 27 ; Platner, *Process*, II, p. 289 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 560, note 220 ; Schmeisser, p. 50 ; Schulthess, p. 236 ; Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, v° *Epitropos*, p. 732.

chacun pour sa part, bien entendu, sur le seul fondement du jugement qu'il a obtenu contre le premier tuteur? L'affirmative est admise par certains auteurs [1]. Ils invoquent en ce sens un passage du troisième plaidoyer de Démosthène contre Aphobos, d'où il paraît résulter que les juges, tout en ne condamnant Aphobos qu'à dix talents, auraient fixé à trente talents la somme dont Démosthène était créancier vis-à-vis de tous ses tuteurs [2].

Cette opinion ne nous paraît pas admissible. En supposant, en effet, que les juges aient fixé à trente talents le montant des dilapidations commises envers Démosthène, on peut dire que, s'ils l'ont fait, la raison en est que l'orateur a introduit simultanément la δίκη ἐπιτροπῆς contre chacun de ses trois tuteurs [3]. C'est ce que laisseraient croire certains passages des discours de Démosthène ou d'Eschine où il est question de plusieurs actions intentées contre des tuteurs infidèles [4]. Mais tout ce qui résulte de ces textes, c'est que Démosthène a dû agir séparément contre chacun de ses tuteurs, et non qu'il ait intenté simultanément les trois actions. On voit, au contraire, dans un autre passage de Démosthène, qu'à l'époque où celui-ci a poursuivi Aphobos, il n'avait pas encore agi contre ses cotuteurs. L'orateur dit, en effet, qu'il laisse de côté la portion de ses biens détenue par Démophon ou Thérippide, se réservant d'en parler quand il aura saisi les juges d'une demande contre eux [5]. Il voulait d'abord voir le résul-

(1) Platner, *Process*, II, p. 289; Schmeisser, p. 50, 51.

(2) Démosthène, *C. Aphob.*, III, § 59 : εὗρον τὸ σύμπαν πλέον ἢ τριάκοντα τάλαντ' αὐτοὺς ἀποστεροῦντας, διὸ τούτῳ τῶν δέκα ταλάντων ἐτίμησαν.

(3) Cf. Buermann, *Jahrb. für. klass. Philol.*, 1877 (CXV), p. 595.

(4) Démosthène, *C. Onet.*, I, § 15 : ἐγὼ δ'εὐθὺς μετὰ τοὺς γάμους.... τὰς δίκας ἐλάγχανον ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ ἄρχοντος. *C. Mid.*, § 78 : τὰς δίκας ἐλάγχανον τῶν πατρῴων. Eschine, *De fals. leg.*, § 99 : καὶ δεκαταλάντους δίκας ἑκάστῳ τῶν ἐπιτρόπων λαγχάνων Ἀργᾶς ἐκλήθη.

(5) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 12 : ἃ μὲν οὖν Δημοφῶν καὶ Θηριππίδης ἔχουσι τῶν ἐμῶν, τότ' ἐξαρκέσει περὶ αὐτῶν εἰπεῖν, ὅταν κατ' αὐτῶν τὰς γραφὰς ἀπενέγκωμεν.

tat de sa demande contre Aphobos avant d'agir contre les deux autres tuteurs [1].

Démosthène a donc dû agir successivement contre ses divers tuteurs et, à notre avis, il a dû faire contre chacun d'eux la preuve des dilapidations commises à son préjudice. C'est ce qu'il déclare lui-même dans un passage d'une signification très nette, où il dit : « J'ai montré qu'Aphobos a dix talents entre les mains, et je montrerai de même que chacun des deux autres est détenteur d'une somme au moins égale » [2]. Il ne suffisait donc pas à Démosthène d'avoir obtenu une condamnation contre Aphobos pour pouvoir par cela même exécuter chacun des deux autres tuteurs pour une somme égale. Il devait recommencer contre chacun d'eux le procès et y fournir la preuve de ses allégations. Cette solution est conforme d'ailleurs aux principes généraux sur la relativité de la chose jugée. Il serait singulier que les cotuteurs fussent établis débiteurs du pupille à la suite d'une instance à laquelle ils sont demeurés étrangers en fait et en droit. Aussi voit-on, dans un plaidoyer de Lysias [3], qu'un créancier qui, après la mort de son débiteur avait poursuivi *in solidum* l'un seulement de ses héritiers, et obtenu contre lui une condamnation pour le tout, est obligé plus tard de reconnaître l'irrégularité de la procédure, et avoue qu'il ne peut se prévaloir du jugement que pour la part de l'héritier poursuivi et condamné. De même, en cas de tutelle, alors même que les juges ont évalué par hypothèse le montant total de la créance du pupille contre ses divers tuteurs, le pupille ne peut se prévaloir du jugement que contre le tuteur poursuivi [4].

La δίκη ἐπιτροπῆς ne peut être intentée que contre ceux-là

(1) Schulthess, p. 237, 238.

(2) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 52 : ἐρῶ γὰρ ὥσπερ καὶ τοῦτον τοσαῦτ' ἔχοντ' ἐξήλεγξα, οὕτω κἀκείνων ἑκάτερον οὐκ ἔλαττω τούτων ἔχοντα ἐπιδείξω.

(3) Lysias, *De pec. publ.*, §§ 3 et 5.

(4) Cf. en ce sens : Schulthess, p. 238.

mêmes qui ont été investis de la tutelle. Après la mort du tuteur, ses héritiers succèdent sans doute à sa responsabilité envers le pupille, mais comme ils ne sont pas personnellement les auteurs du préjudice subi par celui-ci, ils ne peuvent être poursuivis par le pupille qu'au moyen de l'action générale de dommage, βλάβης δίκη [1]. Seulement cette action, qui se substitue à la δίκη ἐπιτροπῆς, est, comme celle-ci, de la compétence de l'archonte éponyme [2]. Nous avons un exemple de δίκη βλάβης dans le plaidoyer de Démosthène contre Nausimaque et Xénopithe. Ceux-ci, bien qu'ayant transigé après leur majorité avec leur tuteur Aristechme, se décident néanmoins, quatorze ans après la mort de ce dernier, à poursuivre les enfants de leur ancien tuteur. L'action qu'ils forment contre eux, est non point l'action ἐπιτροπῆς mais l'action βλάβης. On voit en outre dans ce plaidoyer que les héritiers du tuteur ne sont, de même que les divers cotuteurs, responsables chacun que *pro rata parte*. En effet, bien que le chiffre dotal de la somme dont Aristechme est dit avoir été débiteur s'élève à quatre talents, le montant de chaque demande ne s'élève dans le procès qu'à trente mines, car, par suite de la division respective des créances et des dettes entre les héritiers, il y a en réalité huit actions pour ces quatre talents, les demandeurs étant au nombre de deux et les défendeurs au nombre de quatre [3].

La δίκη βλάβης intentée contre les héritiers du tuteur appartient à cette catégorie d'actions βλάβης s'appliquant à des dommages qui ne font l'objet d'aucune autre action particulière donnée par la loi [4]. Mais, contrairement à la règle générale

(1) Platner, *Process*, II, p. 289; Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 93, 94; Ciccotti, p. 122; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 563; Schulthess, p. 238; Lécrivain, *in* Daremberg, v° *Epitropos*, p. 732.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 657; Schulthess, p. 238.

(3) Cf. Dareste, *loc. cit.*; Schulthess, *loc. cit.*; Caillemer, *Succession*, p. 205.

(4) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 225.

d'après laquelle dans l'action βλάβης l'indemnité est fixée au double lorsque le dommage a été volontaire, il faut dire que les héritiers du tuteur ne peuvent être condamnés qu'à la réparation au simple du préjudice causé au pupille. On ne voit pas de raison, en effet, pour que les héritiers du tuteur, qui ont été étrangers à la gestion et à qui on ne peut reprocher aucune négligence ou fraude personnelles, soient tenus plus rigoureusement que leur auteur. Nulle part, du reste, dans le plaidoyer de Démosthène contre Nausimaque et Xénopithe, il n'est fait allusion à la possibilité d'une condamnation aussi rigoureuse contre les enfants d'Aristechme [1].

L'action βλάβης est-elle recevable non seulement contre les héritiers du tuteur, mais encore contre celui-ci, de son vivant? On l'a prétendu en disant que si la δίκη ἐπιτροπῆς est seule possible lorsque l'action du pupille a trait à l'ensemble de la gestion, la δίκη βλάβης peut être employée pour critiquer sur un point spécial le compte de tutelle. On cite, en ce sens, le plaidoyer précité de Démosthène où, dit-on, d'après le § 8, ce serait par la δίκη ἐπιτροπῆς que Nausimaque et Xénopithe auraient poursuivi Aristechme alors qu'il s'agissait de l'ensemble de la tutelle (ὅλην τὴν ἐπιτροπὴν ἐγκαλέσαντες), tandis que ce serait par l'action βλάβης qu'ils auraient demandé compte spécialement d'un argent dû au Bosphore [2]. Cette théorie ne nous paraît point cependant établie par le texte en question, où nous ne voyons nullement qu'il soit question de l'action βλάβης Si, de plus, cette action était possible contre le tuteur, elle devrait, conformément au principe général qui la régit, entraîner une condamnation au double de la valeur du préjudice causé, et l'on n'aperçoit nulle part que le tuteur puisse être exposé à une aussi forte responsabilité.

La loi athénienne, malgré sa bienveillance habituelle en-

(1) Schulthess, p. 239. Cf. Caillemer, *Succession*, p. 191.
(2) Schulthess, p. 240.

vers les pupilles, ne laisse point cependant les tuteurs ou leurs héritiers indéfiniment exposés à la responsabilité, quelquefois considérable, qui peut découler de la gestion de la tutelle. Elle décide, en conséquence, que l'action du pupille à raison de la mauvaise administration du tuteur est prescrite par cinq ans à partir de la majorité du pupille. Démosthène le dit formellement dans ce même p'aidoyer : ὁ νόμος διαῤῥήδην λέγει. ἐὰν πέντ' ἔτη παρέλθῃ καὶ μὴ δικάσωνται, μηκέτ' εἶναι τοῖς ὀρφανοῖς δίκην περὶ τῶν ἐκ τῆς ἐπιτροπῆς ἐγκλημάτων [1]. Cette règle est applicable non seulement à la δίκη ἐπιτροπῆς dirigée contre le tuteur, mais encore à la δίκη βλάβης formée contre ses héritiers. C'est même à propos de cette dernière action que Démosthène cite la loi de la prescription quinquennale, loi qui, au surplus, s'appliquait d'une manière générale à toute action en paiement d'une dette de somme d'argent [2]. Platon, ne fait donc, sur ce point, que reproduire une règle du droit positif lorsqu'il décide, dans son *Traité des Lois*, que si l'orphelin, devenu majeur, veut actionner son tuteur pour avoir mal rempli ses fonctions tutélaires, il peut agir en justice contre lui pendant cinq ans à compter du jour où la tutelle a pris fin [3].

Le philosophe propose toutefois certaines règles entièrement étrangères au droit attique, lorsqu'il établit la théorie générale des actions relatives à la tutelle [4]. Il décide d'abord qu'en cas d'infraction à la loi d'après laquelle les tuteurs doivent traiter le pupille comme leur enfant et prendre soin de ses biens comme des leurs, le magistrat chargé de la surveillance pourra infliger une amende au tuteur, et que réciproquement celui-ci pourra poursuivre le magistrat devant les tribunaux et le faire condamner à une amende

(1) Démosthène, *C. Naus. et Xen.*, § 17. Cf. § 27, *ibid.*

(2) Cf. Caillemer, *Prescription*, p. 11-12; Schulthess, p. 240; Ciccotti, p. 124; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 732.

(3) Platon, *Leges*, XI, p. 928 c.

(4) *Leges*, XI, 927, 928.

égale au double du dommage. En cas de négligence ou de malversation du tuteur, les parents du pupille et même tout citoyen peuvent traduire le tuteur devant le tribunal et le faire condamner au quadruple, dont moitié pour le mineur et moitié pour l'accusateur. Enfin, après la cessation de la tutelle, le mineur, devenu pubère, peut, dans les cinq ans qui suivent, intenter contre son ex-tuteur l'action de tutelle, δίκη ἐπιτροπίας, mais cette action n'a pas le même caractère que celui qui, d'après la loi athénienne, appartient à la δίκη ἐπιτροπῆς. Celle-ci, en effet, comme nous l'avons vu, est une action purement civile. L'action donnée par Platon est, au contraire, une action criminelle, car le juge fixe arbitrairement la peine à subir ou l'amende à payer, τὶ χρὴ παθεῖν ἢ ἀποτίνειν. Une action semblable est possible contre le magistrat chargé de la surveillance : le tribunal évalue, en pareil cas, l'amende à payer par le magistrat condamné et, si ce dernier est convaincu de fraude, il est, en outre, déclaré déchu de ses fonctions. Le tribunal chargé de statuer sur toutes ces actions est composé des arbitres et des quinze plus anciens gardiens des lois [1].

3° *Garanties contre l'insolvabilité du tuteur.*

Lorsque le tuteur afferme les biens du pupille, celui-ci, comme nous l'avons vu, n'a qu'une hypothèque conventionnelle sur les biens du fermier. Mais lorsque le tuteur administre lui-même la fortune, le mineur n'a-t-il point une hypothèque légale et générale sur les biens de son tuteur ? La question a été discutée. On s'est fondé, pour établir l'existence d'une hypothèque légale au profit du pupille, sur le premier plaidoyer de Démosthène contre Onétor. L'orateur, qui a gagné son procès contre Aphobos et obtenu con-

(1) Cf. Schulthess, p. 241 ; Dareste, *Science du droit*, p. 124, 125.

tre lui une condamnation de dix talents, veut procéder à l'exécution de ce jugement. Mais, au moment où il va prendre possession d'une terre appartenant à Aphobos, il se voit expulsé par Onétor, beau-frère d'Aphobos, qui se prétend créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble, du chef de sa sœur, mariée à Aphobos. Après la condamnation de celui-ci, elle a divorcé d'avec lui pour se retirer chez son frère Onétor. Aphobos doit rendre la dot qui s'élève à un talent, et cette restitution, suivant Onétor, est garantie par l'hypothèque établie sur l'immeuble dont Démosthène veut prendre possession. Mais ce dernier, intentant contre Onétor la δίκη ἐξούλης, soutient que la dot n'a jamais été payée à Aphobos, que celui-ci, par conséquent, n'en est pas débiteur, et qu'il ne peut y avoir sur l'immeuble d'hypothèque garantissant une créance qui n'existe pas. Pour prouver que le paiement de la dot n'a pas eu lieu, Démosthène dit que les torts de ses tuteurs envers lui étaient de notoriété publique et qu'il n'était douteux pour personne qu'il obtiendrait justice aussitôt qu'il serait devenu majeur : « Timocrate et Onétor entre autres, ajoute-t-il, ont toujours eu ce sentiment. Il y a sur ce point un fait significatif. Onétor avait consenti à donner sa sœur à Aphobos, le voyant en possession de son propre patrimoine et du mien, qui n'était pas peu de chose ; mais il n'eut pas assez de confiance en lui pour lui remettre la dot, ὥσπερ εἰ τὰ τῶν ἐπιτροπευόντων χρήματα ἀποτίμημα τοῖς ἐπιτροπευομένοις καθεστάναι νομίζων [1]. » On conclut de ce texte que si Onétor n'a pas payé la dot, c'est parce qu'il savait que les biens des tuteurs étaient hypothéqués aux créances de leurs pupilles. On ajoute qu'Onétor n'aurait pas été assez sot pour invoquer un pareil motif de garder la dot, si ce motif n'avait point été fondé, car toute personne tant soit peu versée dans la connaissance du droit aurait pu en démontrer l'inanité. Démosthène, il est vrai, n'a dit dans

(1) Démosthène, *C. Onet.*, I, § 7.

aucun autre passage que les biens de son tuteur lui fussent hypothéqués, mais cela n'était pas nécessaire, attendu que tous les juges le savaient. Son argumentation devait plutôt tendre à établir que l'immeuble litigieux n'avait été engagé à Onétor ni avant, ni après le mariage de sa sœur, attendu qu'il n'avait pas payé la dot [1].

On est d'accord aujourd'hui pour rejeter l'existence d'une hypothèque légale au profit des mineurs. Le passage précité de Démosthène n'a nullement la portée qu'on lui prête. Tout ce qui en résulte, c'est qu'Onétor, au dire de l'orateur, n'a pas dû payer la dot, parce qu'il avait connaissance des malversations d'Aphobos ; il savait que celui-ci serait inévitablement condamné sur l'action de Démosthène et qu'alors ses biens seraient affectés à l'exécution de la condamnation prononcée au profit du pupille. C'est à cette affectation résultant du jugement imminent à l'époque de la cessation de la tutelle, et non point à une hypothèque légale prenant naissance lors de l'ouverture de la tutelle que font allusion les mots ὥσπερ εἰ.... ἀποτίμημα νομίζων. Si Démosthène avait voulu parler d'une hypothèque légale, il n'aurait pas employé cette manière de parler approximative, ὥσπερ εἰ, et aurait dit simplement ἀποτίμημα νομίζων. De plus, si Démosthène avait eu, dès l'ouverture de la tutelle, une hypothèque légale sur les biens d'Aphobos, cette hypothèque aurait dû être rendue publique par des ὅροι posés sur les immeubles, et ceux-ci n'auraient pu être hypothéqués ultérieurement à Onétor, ou du moins Démosthène n'aurait pas manqué de relever le fait. Il serait aussi assez singulier que Démosthène n'eût fait que cette allusion équivoque à son hypothèque légale, car nulle part ailleurs il n'en parle. On doit d'autant moins induire de notre texte l'existence d'une hypothèque légale qu'aucun autre auteur ne parle d'une semblable institution. Ainsi Har-

(1) Cauvet, p. 443 ; Schneisser, p. 43-46 ; Westermann, *in Pauly's Realencyclop.*, v° *Tutela.*

pocration [1], qui donne des règles assez détaillées sur l'hypothèque que le fermier du pupille doit fournir ainsi que sur celle qui garantit la restitution de la dot, est absolument muet sur l'hypothèque qui affecterait les biens du tuteur. On doit donc, sans hésitation, rejeter l'hypothèque légale des mineurs dans le droit attique. Tout ce que l'on peut admettre, c'est que le testateur, en nommant un tuteur, ou l'archonte, en déférant la tutelle à défaut de tuteur testamentaire ou légitime, pouvaient imposer au tuteur qu'ils désignaient l'obligation de fournir certaines garanties de sa gestion, cautions ou hypothèques. Mais ces garanties ne découlaient pas de la seule force de la loi [2].

Certains auteurs [3], tout en rejetant l'hypothèque légale des mineurs dans le droit attique, admettent son existence dans le droit éphésien, tel qu'il nous est révélé par une inscription du Ier siècle avant notre ère. On voit, dans cette inscription [4], que les tuteurs ne peuvent invoquer le bénéfice de guerre lorsqu'ils sont débiteurs de leurs pupilles, ce qui suppose l'existence d'une hypothèque sur leurs biens. Mais rien ne prouve qu'il s'agisse d'une hypothèque légale ; ce pouvait être aussi bien une hypothèque conventionnelle [5].

(1) V° Ἀποτιμηταί καὶ ἀποτίμημα.

(2) Platner, *Process*, II, p. 288; Schrader, *ad. Instit.*, I, 24, p. 139; Van den Es, p. 186-188 ; Van Assen, cité par Van den Es, p. 186, note 4; Baumstark, sur Schmeisser, p. 46, note ; Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 85, note 2 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 127 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apotimema* ; Ciccotti, p. 122 ; Hermann-Thalheim, p. 17, note 1 ; Guiraud, p. 284 ; Hitzig, p. 65, note 1 ; Schulthess, p. 235. C'est à tort que Van den Es (*loc. cit.*) reproche à Meier et Schœmann d'avoir admis l'hypothèque légale des mineurs. Ces auteurs (*Attische Process*, 1re éd., p. 451) disent seulement que les biens du tuteur répondent de sa gestion. Cf. Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 559, note 219.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 46; Guiraud, p. 284.

(4) § 14, l. 53-55. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 36.

(5) Hitzig, p. 65.

§ 6. — *Situation spéciale de certains mineurs.*

Si, comme nous l'avons vu, l'archonte éponyme joue un rôle assez important de contrôle et de surveillance en matière de tutelle, il n'existe point cependant, dans le droit attique, de tutelle de l'Etat, dans le sens moderne du mot. Toutefois, en certains cas, l'Etat intervient plus activement dans l'éducation de certains mineurs ; nous voulons parler des enfants des guerriers morts pour la patrie, dont nous devons indiquer brièvement la situation, sans entrer d'ailleurs dans des détails qui touchent plutôt au droit public qu'au droit privé.

Eschine nous raconte la cérémonie suivante qui se passait au théâtre : ἐν τῷ θεάτρῳ προελθὼν ὁ κῆρυξ καὶ παραστησάμενος τοὺς ὀρφανοὺς ὧν οἱ πατέρες ἦσαν ἐν τῷ πολέμῳ τετελευτηκότες νεανίσκους πανοπλίᾳ κεκοσμημένους, ἐκήρυττε τὸ κάλλιστον κήρυγμα καὶ προτρεπτικώτατον πρὸς ἀρετήν, ὅτι τοὺς νεανίσκους, ὧν οἱ πατέρες ἐτελεύτησαν ἐν τῷ πολέμῳ ἄνδρες ἀγαθοὶ γενόμενοι, μέχρι μὲν ἥβης ὁ δῆμος ἔτρεφε· νυνὶ δὲ καθοπλίσας τῇδε τῇ πανοπλίᾳ ἀφίησιν ἀγαθῇ τύχῃ τρέπεσθαι ἐπὶ τὰ ἑαυτῶν, καὶ καλεῖ εἰς προεδρίαν [1]. Ce passage résume les règles d'une institution qui remonte au moins à Solon [2], et qui fonctionnait encore à l'époque de Périclès, ainsi que le prouve le discours que Thucydide met dans la bouche de cet homme d'Etat [3]. Si l'on en croit Eschine, elle aurait cessé d'être en usage à l'époque où a été prononcé le discours contre Ctésiphon, c'est-à-dire en 330 avant J. C. [4]. Cette allégation d'Eschine est toutefois fort contestable, car Aristote, dans son *Traité de la Politique*, composé à peu près à la même époque que le dis-

(1) Eschine, *C. Ctesiph.*, § 154.

(2) Diogène Laerce, I, 54. Cf. Schulthess, p. 20.

(3) Thucydide, II, 46.

(4) Eschine (*loc. cit.*) en parle, en effet, comme d'une institution qui n'est plus en vigueur : ὅτ' εὐνομεῖτο μᾶλλον ἡ πόλις καὶ βελτίοσι προστάταις ἐχρῆτο.

cours contre Ctésiphon, parle de l'institution comme si elle était encore en vigueur à Athènes [1].

La bienveillance de l'Etat ne s'étend qu'aux fils des guerriers morts pour la patrie [2], mais le nombre de ces orphelins était parfois assez considérable en raison des nombreuses guerres soutenues par la république [3]. La faveur qui leur est accordée par l'État consiste d'abord en ce qu'ils sont nourris, jusqu'à leur majorité, aux frais du Trésor public, ce que l'on exprime par les mots δημοσίᾳ τρέφειν. Ces secours, qui consistent vraisemblablement en argent [4], leur sont fournis individuellement, car il ne semble pas que l'Etat ait organisé pour ces enfants des établissements analogues à nos orphelinats [5]. On doit admettre, d'autre part, que ces secours ont pour objet non seulement la nourriture mais encore l.éducation [6].

Les orphelins de cette catégorie sont spécialement placés sous la protection de l'autorité. Comme le dit Platon : διαφερόντως τῶν ἄλλων πολιτῶν προστέτακται φυλάττειν ἀρχῇ ἥπερ μεγίστη ἐστίν [7]. On peut hésiter, sur le point de savoir quelle est cette

(1) Aristote, *Polit.*, II, p. 1268 a, 8. Cf. Schultess, p. 14, 16. Cette institution se retrouve également dans d'autres villes de la Grèce, notamment à Rhodes. Diodore de Sicile, XX, 84, 3. Cf. Schulthess, p. 18.

(2) Eschine, *loc. cit.*, τοὺς νεανίσκους ; Thucydide, *loc. cit.*, τοὺς παῖδας.

(3) Isocrate, *De pace*, § 82. Cf. Gilbert, I, p. 388; Bœckh, 2e éd., t. I, p. 346.

(4) C'est ce que l'on peut induire des textes suivants : Aristote, *Polit.*, II, p. 1268 a, 8 : τοῖς παισὶ τῶν ἐν πολέμῳ τελευτώντων ἐκ δημοσίου γίνεσθαι τὴν τροφήν ; Diodore de Sicile, XI, 84, 3 : καὶ παῖδας τρέφεσθαι λαμβάνοντας τὴν χορηγίαν ἀπὸ τοῦ κοινοῦ ταμιείου. C'est d'ailleurs la manière dont on procédait vis-à-vis des individus qualifiés ἀδύνατοι. Schol. ad. Esch , *C. Timar.*, § 103 (p. 272, éd. Schultz) : τοῖς ἀδυνάτοις τοῖς σώμασιν ἐχορηγεῖτο ἑκάστης ἡμέρας ἐκ τοῦ δημοσίου εἰς τροφὴν τριώβολον. Cf. Schulthess, p. 26, 27.

(5) On pourrait, il est vrai, conclure à une éducation en commun en se fondant sur le passage suivant de Platon, *Menex.*, p. 248 e, où il est dit : τοὺς δὲ παῖδας συνεκτρέφει αὐτή. Mais ce serait accorder trop d'importance à un seul mot.

(6) Cf. Bœckh, *loc. cit.*, p. 346 ; Schulthess, p. 25.

(7) Platon, *Menex.*, p. 248 e.

ἀρχὴ μεγίστη, entre le polémarque et l'archonte éponyme. Il est plus probable, à notre avis, que c'est ce dernier, car il est de règle que tout ce qui est de la compétence de l'archonte au point de vue judiciaire, lui ressortit également au point de vue administratif. Or, c'est à la juridiction de l'archonte que ressortissent toutes les affaires concernant les orphelins. Nulle part du reste, ni dans Pollux [1], ni dans Aristote [2], qui énumèrent les attributions du polémarque, on ne voit figurer au nombre de ces attributions celle qui nous occupe [3].

Ces orphelins demeurent néanmoins placés sous l'autorité directe des tuteurs qu'ils tiennent du testament de leur père, de la loi ou de l'archonte. C'est ainsi que les enfants de Diodotos, qui est mort à Ephesos, sont confiés à leur tuteur Diogiton [4]. De même, Alcibiade et Clinias, dont le père est mort sur le champ de bataille, sont sous la tutelle de Périclès et de son frère Ariphron [5]. Il faut toutefois observer que, dans ces deux hypothèses, les orphelins n'ont reçu aucun secours de l'Etat, d'où il serait rationnel de conclure que ces secours ne sont accordés qu'aux enfants qui n'ont pas de ressources personnelles suffisantes [6].

A l'époque de leur majorité, les orphelins dont nous nous occupons reçoivent de l'Etat un armement complet [7], qui leur est remis solennellement dans une cérémonie publi-

(1) Pollux, VIII, 91.

(2) Aristote, *Const. des Ath.*, c. 58.

(3) Cf. en ce sens : Meier et Schœmann, *Attische Process*, 1re éd., p. 44, note 47 ; Schulthess, p. 23-25. *Contra :* Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 58, note 45 ; Schæfer, *Demosth. und seine Zeit*, III, 2, app. 2, p. 33; Wilamowitz-Mœllendorf, *Philol. Unters.*, I, p. 26, note 47; Grasberger, *Erzieh. und Unterr.*, III, p. 48.

(4) Lysias, *C. Diogit.*

(5) Plutarque, *Alcibiade*, c. 1.

(6) Schulthess, p. 26.

(7) Eschine, *C. Ctesiph.*, § 154, *supra*, p. 322 ; Platon, *Menex.*, p. 249 a ; Aristide, *Panath.*, p. 331 ; Diodore de Sicile, XX, 84, 3.

que [1]. Leur majorité a lieu, d'autre part, à l'époque ordinaire, c'est-à-dire à dix-huit ans accomplis, et, comme nous l'avons précédemment admis [2], il n'y a pas lieu de devancer en leur faveur cet âge de dix-huit ans. La déclaration de majorité leur donne la jouissance de tous les droits civils et, notamment, leur confère le droit de disposer de leur patrimoine paternel [3].

Nous devons, à propos des enfants des guerriers morts pour la patrie, mentionner une prétendue loi d'après laquelle un stratège partant pour la guerre devait, s'il avait une fille, la confier à son collègue [4]. Mais il est difficile d'admettre l'authenticité d'une pareille loi, qui a probablement été imaginée entièrement par le scholiaste d'après le plaidoyer d'Isée sur la succession de Philoctémon [5].

SECTION II

Tutelle des femmes.

§ 1. — *Notions générales.*

La situation juridique de la femme dans le droit attique s'explique aisément par celle que lui faisaient les mœurs. Réduite à une réclusion presque absolue, ne pouvant sortir de la maison pour se mêler aux hommes, assister aux repas publics ou aux spectacles, privée, de plus, (abstraction faite des courtisanes) des plaisirs de l'intelligence, obligée de

(1) V. Sur ce point : Schæfer., *loc. cit.*, III, 2, p. 33; Grasberger, *loc. cit.*, III, p. 49; Schulthess, p. 31.

(2) *Supra*, p. 111.

(3) Arg. Aristide, *Panath.*, p. 331 : ἀποπέμπειν ἐπὶ τοὺς πατρῴους οἴκους. Cf. Eschine, *C. Timarc.*, § 154.

(4) Schol. ad Hermog. stat., c. XIX, 5 (*Rhet. gr.*, éd. Walz, t. VIII, 1, p. 419, 18 : νόμος τὸν ἐξιόντα ἐπὶ πόλεμον στρατηγὸν παρατίθεσθαι, εἰ ἔχοι θυγατέρα, τῷ συστρατηγῷ, καὶ νόμος τὸν βιασάμενον χιλίας διδόναι.

(5) Cf. Schulthess, p. 42-44.

se consacrer exclusivement aux soins du ménage [1], la femme athénienne devait fatalement, malgré la douceur et la libéralité de la législation, descendre à un degré d'infériorité qui la rapprochait de l'enfant et de l'esclave [2]. Aussi, suivant Aristote, y a-t-il trois classes de personnes qui ne peuvent agir par elles-mêmes et qui ont besoin qu'on les gouverne, à savoir l'esclave, la femme, et l'enfant, et il en donne la raison suivante : « L'esclave n'a pas de volonté, la femme en a une mais impuissante, l'enfant en a une mais incomplète [3] ». La femme étant ainsi réputée un être inférieur, le droit attique en tire cette double conséquence que, d'une part, elle a besoin d'être protégée et que, d'autre part, on ne saurait lui reconnaître les mêmes droits qu'à l'homme. Ces deux conséquences se tiennent d'ailleurs intimement, car c'est en refusant des droits à la femme qu'on trouve le moyen de la protéger, ce genre de protection servant en même temps l'intérêt du protecteur [4]. Peut-être aussi les Grecs, en enchaînant la volonté de la femme, ont-ils voulu l'empêcher de paraître sur la scène sociale et réserver la cité aux hommes seuls. C'est qu'en effet, ayant la libre administration de ses biens, la faculté de contracter, d'acquérir ou

(1) Cf. sur la condition de la femme dans la société athénienne : Schœmann-Galuski, t. I, p. 583 et s. ; Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, 2e éd. p. 67 et s. ; Cauvet, *Organisation de la famille à Athènes*, p. 444 et s. ; Martin, *Hist. de la condition des femmes chez les peuples de l'antiquité ;* Maehly, *Die Frauen d. griech. Alterth. ;* Van Stegeren, *De conditione domestica feminarum atheniensium ;* Lewy, *loc. cit.*

(2) Cette infériorité de la femme peut provenir aussi des idées religieuses reçues en Grèce et communes du reste aux Indous et aux Romains. La religion, en effet, ne place pas la femme à un rang aussi élevé que l'homme. Si elle prend part aux actes religieux, elle ne peut jamais avoir de foyer à elle, elle n'est jamais chef de culte et, par suite, n'a rien de ce qui peut donner principalement de l'autorité dans la maison. Cf. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, ch. 8.

(3) Aristote, *Polit.*, I, 5 : ὁ μὲν γὰρ δοῦλος οὐχ ἔχει τὸ βουλευτικὸν, τὸ δὲ θῆλυ ἔχει μὲν ἀλλ' ἄκυρον, ὁ δὲ παῖς ἔχει μὲν, ἀλλ' ἀτελές.

(4) Desjardins, p. 622.

d'aliéner sans contrôle, la femme arriverait à exercer une influence qui, quoique indirecte, n'en serait pas moins puissante, influence que les Grecs comme les Romains jugeaient pernicieuse à la cité. La tutelle des femmes peut donc procéder du même esprit de défiance un peu méprisante qui fit limiter à Rome le luxe des femmes par la loi Oppia [1], et qui fit également règlementer à Athènes leurs dépenses somptuaires [2]. Le droit attique, considérant donc la femme comme presque entièrement privée de capacité juridique par la faiblesse même de sa nature et par son inexpérience [3], la soumet durant toute sa vie à la puissance d'un κύριος par l'intermédiaire ou plutôt avec l'assistance de qui elle exercera les droits que la loi lui laisse. L'acte même qui intéresse le plus la femme se fait sans elle, et son kyrios peut, comme nous l'avons vu, disposer de sa main sans la consulter [4], ou bien c'est la loi elle-même qui lui impose un époux lorsqu'elle est épiclère, l'attribuant, avec la succession, au plus proche parent du défunt [5].

La femme athénienne commence, comme tout impubère, par se trouver, dans la première période de sa vie, sous l'autorité d'un tuteur proprement dit, ἐπίτροπος. Cette tutelle, comme celle des mineurs en général, est une institution protectrice. Mais à une certaine époque de la vie de la femme l'autorité de l'ἐπίτροπος cesse pour faire place à celle du κύριος, autorité dont le caractère dominant n'est plus la protection, la garantie accordée à un être faible, mais qui constitue avant tout un pouvoir, une autorité du fort sur le faible, et qui a pour fondement l'intérêt, le κύριος étant, en principe, le parent le plus proche, héritier présomptif de la femme [6].

(1 Cf. Accarias, I, nº 163.

(2) Cf. Thonissen, p. 367.

(3) Cf. Gregor. Corinth., *ad Hermog. method. eloquent*, c. 21 (cité par Telfy, nº 729) : τῇ μὲν γυναικὶ δοτέον συνήγορον, ἐπειδὴ ἄπειρός ἐστι νόμων.

(4) V. *supra*, t. I, p. 133.

(5) V. *supra*, t. I, p. 400 et s.

(6) La différence entre les idées qui président à l'établissement de ces deux

A quelle époque les fonctions de l'ἐπίτροπος de la femme sont-elles remplacées par celles du κύριος ? La question n'est résolue expressément par aucun texte et l'on en est réduit, à cet égard, à des conjectures. Il est un point cependant sur lequel on paraît être d'accord, c'est que l'ἐπιτροπή ne survit pas au mariage de la femme. Cela ressort d'une manière à peu près certaine d'un plaidoyer d'Isée [1]. Ses adversaires prétendaient qu'une certaine Callipe avait eu deux enfants de son tuteur Euctémon alors qu'elle était encore sa pupille (ἐξ ἐπιτροπευομένης δὲ τούτῳ γενέσθαι). Mais l'orateur établit que c'était impossible, attendu que le père de Callipe était mort depuis 52 ans et que l'aîné des enfants attribués à Euctémon n'avait point encore atteint l'âge de 20 ans. Il s'était donc écoulé un intervalle d'au moins 30 ans entre le décès du père de Callipe et la naissance du fils aîné de celle-ci. « Or, dit Isée, il n'est pas possible d'admettre que Callipe, à l'âge de 30 ans, fût encore sous la tutelle (ἐπιτροπή) d'Euctémon, qu'elle ne fût point mariée et qu'elle n'eût pas encore d'enfants ; elle devait depuis longtemps être mariée, soit qu'elle eût été fiancée selon la loi, soit qu'elle eût été adjugée comme épiclère » [2]. Isée considère donc que la tutelle proprement dite aurait été inconciliable avec le mariage qu'il suppose avoir été forcément contracté par Callipe, vu son âge. Cela nous paraît aussi tout naturel, non

tutelles se manifeste dans les termes mêmes qui servent à désigner ceux qui les exercent. Tandis, en effet, que le mot ἐπίτροπος éveille plutôt l'idée de surveillance et de protection, le mot κύριος implique surtout la notion de pouvoir, de force (κῦρος, racine de κύριος). V. *supra*, p. 152-153.

(1) Isée, *De Philoct. her.*, §§ 13 et s.

(2) Isée, *loc. cit.*, § 14 : ὥστ' οὔτ' ἐπιτροπεύεσθαι προσῆκε τὴν Καλλίππην ἔτι, τριακοντοῦτιν γε οὖσαν, οὔτε ἀνέκδοτον καὶ ἄπαιδα εἶναι, ἀλλὰ πάλαι συνοικεῖν, ἢ ἐγγυηθεῖσαν κατὰ νόμον, ἢ ἐπιδικασθεῖσαν. Selon Schulthess (p. 177), il serait possible que, dans le cas cité par Isée, Euctémon eût été le kyrios de Callipe (Cf. Schœmann, sur Isee, p. 330 ; Platner, *Process*, II, p. 247). Mais cela suppose que le mari soit le kyrios de sa femme, ce qui est fort contestable v. *supra*, t. I, p. 215 et s,

point par la raison que le mari deviendrait le kyrios de sa femme, car c'est là un point fort douteux, mais parce que l'existence d'une véritable tutelle serait, soit au point de vue de la personne, soit au point de vue des biens de la femme, incompatible avec le rôle et les pouvoirs du mari [1].

Le passage précité d'Isée semblerait, en outre, impliquer cette autre conséquence que les fonctions de l'ἐπίτροπος dureraient jusqu'au jour du mariage, alors même que celui-ci ne serait célébré que longtemps après l'âge de la puberté. En effet, on pourrait raisonnablement en tirer cette conclusion que si, contre toute vraisemblance, Callipe n'avait pas été mariée à l'âge de trente ans, elle eût encore eu Euctémon comme tuteur. Mais cette conséquence ne nous paraît pas admissible pour une double raison. D'abord Isée suppose que, par cela même que Callipe avait trente ans (τριακοντοῦτις), elle ne pouvait plus être en tutelle [2]. De plus, il est certain, comme en témoignent plusieurs textes que nous indiquerons ultérieurement, qu'au moment de la dissolution du mariage, la femme veuve ou divorcée retombe sous la puissance du kyrios qui l'a mariée. C'est donc que la tutelle de l'ἐπίτροπος peut cesser avant le mariage pour faire place à celle du kyrios [3].

Si la première tutelle des femmes ne dure point jusqu'au mariage, à quel âge finit-elle donc ? Il semble assez rationnel de se prononcer pour l'âge de la puberté. On ne voit guère, en effet, d'autre époque à laquelle aurait pu s'effectuer la substitution du kyrios au tuteur. C'est ainsi qu'à Rome la tutelle proprement dite des femmes, avec ses règles spécia-

(1) Van den Es, p. 156; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 561; Hermann-Stark, *Privatalt.*, 2e éd., § 57, p. 460; Caillemer, *Les papyrus grecs du Louvre*, p. 17; Hafter, p. 15.

(2) Cf. Schultess, p. 177.

(3) Caillemer, *loc. cit.* Pour que cette conclusion ne fût pas exacte, il faudrait, comme le remarque cet auteur, que les orateurs eussent toujours eu en vue l'hypothèse de seconds mariages, ce qui est contraire à la vérité des faits.

les, distinctes de celles qui gouvernaient la tutelle des impubères, commençait à l'époque de la puberté [1]. Ce n'est là toutefois qu'une conjecture assez vraisemblable, contre laquelle on ne peut, sans doute, faire d'objection sérieuse, mais qui ne s'appuie non plus sur aucune preuve directe [2]. On a objecté, il est vrai [3], que cela est difficile à admettre, attendu qu'en Grèce les filles sont considérées comme pubères de très bonne heure [4]. Mais cette objetion n'a pas une grande valeur du moment que la tutelle de l'ἐπίτροπος est immédiatement remplacée par celle du kyrios. Il n'y a ainsi aucun inconvénient à ouvrir la tutelle du kyrios dès l'époque de la puberté.

Au surplus, il y a peu d'intérêt à savoir à quel âge précisément a lieu la majorité des filles car, en fait, il n'y a pas de différence sensible entre les pouvoirs du tuteur et ceux du kyrios. Le plus souvent même, quand le tuteur était un des proches parents de la jeune fille, il n'y avait rien de changé, si ce n'est son titre.

La législation romaine avait admis également, comme nous venons de le dire, la tutelle des femmes pubères et, comme à Athènes, cette institution avait à Rome un caractère non de protection, mais de défiance. Les Romains étaient même plus intéressés à l'établissement d'une semblable tu-

(1) Gaius, *Comm.*, I, §§ 191 et s.

(2) Cf. en ce sens : Schultess, p. 177 ; Hafter, p. 15. Caillemer (*loc. cit.*), prétend induire cette preuve de certains papyrus gréco-égyptiens. Mais outre que l'argument tiré par cet auteur des papyrus en question est contestable (Cf. Lewy, p. 13) et en tous cas difficile à saisir, on ne peut, comme il le reconnaît d'ailleurs, donner une grande valeur à cet argument en raison des différences qui pouvaient exister entre le droit de l'Egypte grecque et le droit d'Athènes. Il faut observer aussi que, dans le royaume des Lagides, Grecs et indigènes étant en principe régis par leur loi personnelle, il est difficile d'être fixé sur la nationalité des parties qui figurent dans les actes qui nous sont parvenus. Cf. Hermann, *Juris dom. et fam. apud Platonem comparatio*, p. 10.

(3) Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, v° *Epitropos*.

(4) V. *supra*, t. I, p. 160.

telle pour empêcher la sortie de la famille des biens qui devaient y rester perpétuellement affectés à l'entretien du culte des ancêtres, car les filles héritières auraient pu, en se mariant avec *manus*, faire passer dans une famille étrangère leur part du patrimoine paternel, tandis qu'à Athènes la fille épiclère était adjugée au parent le plus proche. Néanmoins, à Rome, la tutelle des femmes ne tarda pas à perdre de son importance dès que des mœurs plus adoucies furent venues remplacer l'antique sévérité, et elle ne devait pas survivre à la ruine de l'esprit aristocratique et étroitement conservateur des vieux Romains. Aussi déjà à la fin de la période républicaine Cicéron [1] peut-il dire avec autant d'esprit que de raison que, « si les anciens avaient voulu placer les femmes sous la puissance d'un tuteur, l'imagination des jurisconsultes a créé des tuteurs soumis à la puissance des femmes ». A Athènes, au contraire, la tutelle des femmes ne cessa jamais de s'exercer dans toute sa rigueur, probablement parce que la condition faite aux femmes athéniennes par les mœurs fut toujours très inférieure à celle qu'elles obtinrent à Rome [2]. Ce sont seulement des courtisanes qui, à Athènes remplissent dans l'histoire le rôle qui, dans les annales du peuple romain, est réservé aux chastes matrones et, pour ces femmes de mœurs légères, le besoin ne se faisait nullement sentir d'abaisser des barrières qui n'étaient élevées que contre les femmes légitimes. La législation romaine est également supérieure, à un autre point de vue, à celle d'Athènes, en ce sens qu'elle ne restreint la capa-

(1) *Pro Murena*, § 27.

(2) La différence entre les mœurs de Rome et celle d'Athènes est signalée par Cornélius Népos dans la préface de son ouvrage « Contra ea pleraque nostris moribus sunt decora quæ apud illos turpia putantur. Quem enim Romanorum pudet uxorem ducere in convivium ; aut cujus materfamilias non primum locum tenet ædium atque in celebritate versatur? Quod multo fit aliter in Græcia. Nam neque in convivium adhibetur nisi propinquorum, neque sedet nisi in interiore parte ædium quæ *gynæconitis* appellatur, quo nemo accedit nisi propinqua cognatione conjunctus. »

cité de la femme qu'en considération des dangers plus ou moins grands des actes qu'elle peut faire, tandis que le droit attique pose en principe l'incapacité de la femme sans se préoccuper de l'intérêt de celle-ci [1].

La tutelle des femmes pubères n'est point, du reste, une institution spéciale à Athènes et à Rome. On la retrouve dans les autres républiques de la Grèce ainsi que, d'une manière générale, chez tous les peuples d'origine aryenne. L'universalité de cet usage chez les peuples grecs est attestée par les jurisconsultes romains eux-mêmes. Ainsi, à Pergame, la tutelle des femmes était encore en vigueur à l'époque de Cicéron [2]. Elle existait de même, en Bithynie, au témoignage de Gaius, au temps d'Antonin le Pieux [3]. On la rencontre également en Eolie [4], en Carie [5], à Ténos [6], à Amorgos [7] et à Théra dans les Cyclades [8], ainsi qu'à Gortyne en Crète [9]. De la Grèce, la tutelle des femmes a passé en Egypte, où elle est mentionnée dans des papyrus du temps des Lagides et même dans un papyrus du temps d'Antonin

(1) Foucart (*Archives des missions scientiques*, 2e sér., 13, 1866, p. 379) ne nous paraît pas dans le vrai lorsqu'il résume la situation respective de la femme à Rome et à Athènes en disant : « A Rome servitude perpétuelle, à Athènes enfance et par suite servitude perpétuelle. » Cf. Anthes, *De emptione venditione Græcorum*, p. 15.

(2) Cicéron, *Pro Flacco*, § 74 : « Emptiones falsas, prædiorum proscriptiones cum mulieribus aperta circumscriptione fecisti. Tutor hic Græcorum legibus adscribendus fuit. »

(3) Gaius, *Com.*, I, § 193 : « Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminæ, sed tamen plerumque quasi in tutela sunt, ut ecce lex Bithynorum si quid mulier agat maritum auctorem esse jubet aut filium ejus puberem. Romana autem a Græcorum tutela vehementer differt. »

(4) Larfeld, *Sylloge inscr. Bœot.*, p. 13 et s. ; Lewy, p. 12.

(5) Le Bas, *Asie Mineure*, nos 323, 324, 415; *Bulletin*, 1881, p. 39 ; Lewy, *loc. cit.*

(6) Dareste, Haussoulier et Reinach, t. I. p. 96 et s.

(7) Foucart, *Associations religieuses*, n° 45 ; Dittenberger, *Sylloge*, n° 438.

(8) *Corp. inscr. græc.*, n° 2248, IV,

(9) Bücheler et Zitelmann, p. 134.

le Pieux [1]. La tutelle des femmes avait été également introduite dans les villes de la Grande Grèce, mais là le mouvement d'émancipation des femmes se produisit d'assez bonne heure relativement, sous l'influence notamment des idées pythagoriciennes, et dans plusieurs de ces villes les femmes furent formellement affranchies de la nécessité d'avoir un kyrios pour les assister dans les principaux actes de la vie civile [2]. Peut-être aussi les femmes furent-elles libérées assez tôt à Sparte de la tutelle que le droit grec devait leur imposer là comme ailleurs [3].

(1) Cf. Dareste, *Journal des Savants*, 1883, p. 163 et s. ; Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 16 et s. ; *Notices et extraits des manuscrits de la Bibliothèque impériale*, t. XVIII, 2e p. n° 17, p. 230 ; Robiou, *Mémoire sur l'économie politique de l'Egypte aux temps des Lagides*, p. 235 et s. Dans les papyrus gréco-égyptiens du Musée de Berlin, la femme ne se présente généralement dans les actes qu'assistée d'un kyrios. Toutefois cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité, ce qui s'explique manifestement par l'influence romaine ainsi qu'en témoigne un acte où la femme déclare qu'elle agit seule et sans kyrios suivant l'usage romain, χωρὶς κύριου χρηματίζουσα κατὰ τὰ Ρωμαῖων ἔθη (n° 96). Cf. Dareste, *Les papyrus gréco-égyptiens du musée de Berlin*, in *Nouvelle Revue historique*, 1894, p. 686.

(2) V. les textes et les autorités cités par Giraud, *Mémoire sur la loi Voconia*, dans les *Mémoires de l'académie des sciences morales et politiques*, *Savants étrangers*, t. I, p. 559. Cf. Jannet, *Les institutions sociales et le droit civil à Sparte*, p. 112. — A Halicarnasse, d'après une inscription (*Corp. inscr. græc.*, n° 2656), une femme paraît acheter un sacerdoce sans assistance de kyrios. Mais peut-être le nom de celui-ci a-t-il été omis ? Cf. Anthes, *De emptione venditione*, p. 17. — De même, à Erythrée, il semble que la femme puisse administrer seule. V. inscription publiée dans la *Revue Archéologique*, 1877, p. 105 et s., *pars.* c, l. 7. Cf. Anthes, *loc. cit.* Dans une inscription de Pétilia, ville dorienne, une femme fait un testament sans l'assistance de son kyrios. Cauer, p. 99. Cf. Schulin, p. 44.

(3) Cf. Jannet *loc. cit.* Il existe, relativement à Sparte, une inscription du Ier siècle av. J.-C. où l'on voit figurer des esclaves ou des affranchis avec la mention qu'ils appartenaient à une femme, sans qu'aucun kyrios soit nommé. V. Foucart, *Explication des inscriptions du voyage en Grèce et en Asie-Mineure de Lebas et Waddington*, t. II, insc. n° 163 a. — Perrot *Revue critique d'histoire et de littérature*, t. IV, 1867, p. 36, estime, en se fondant sur les actes d'affranchissement d'esclaves sous forme de ventes à la Divinité recueillis à Delphes (V. *infra*, p. 357) que, dans les Etats doriens ou éoliens, auxquels appartenaient les auteurs de ces actes, la situation légale de la femme était supérieure à ce

La puissance à laquelle les femmes sont ainsi soumises indépendamment de leur âge, est généralement nommée tutelle. Il est fâcheux toutefois que l'on emploie la même expression pour désigner deux institutions qui n'ont ni le même caractère ni le même but, à savoir la tutelle des mineurs et celle des femmes pubères. Celle-ci se rapproche davantage, en effet, du mundium germanique, de la mainbournie, et elle est établie plutôt dans l'intérêt de la personne qui en est investie que dans celui de la personne sur qui elle s'exerce [1]. Faute toutefois d'une expression propre pour désigner le pouvoir du kyrios sur la femme, nous nous servirons du mot tutelle qui, du reste, était également employé dans le droit romain aussi bien à l'égard des femmes pubères que des mineurs [2].

qu'elle était à Athènes. — Caillemer (*Revue de législation*, 1873, p. 7) tout en reconnaissant que les femmes exercaient à Sparte une grande influence sur les affaires publiques ou privées, que la majeure partie des richesses de la République se trouvait entre leurs mains au temps d'Agis (Plutarque, *Agis*, 7) et que les hommes, quoique ayant en apparence droit de commander, étaient soumis à leur autorité (Aristote, *Polit.*, II, 6, 7), prétend que cette situation de fait est parfaitement conciliable avec une législation qui astreindrait la femme à se procurer l'autorisation d'un kyrios pour la validité des actes juridiques qu'elle aurait à faire. On est même, dit-il, autorisé à soutenir que si la fortune publique se concentra entre les mains des femmes spartiates ce fut précisément parce que la faculté d'aliéner ne leur était pas accordée sans réserve. — Nous observerons toutefois que si la situation des femmes était, en fait, à Sparte telle que nous la dépeignent Plutarque et Aristote, la tutelle des femmes se trouvait bien près de disparaître, car elle n'avait plus sa raison d'être originaire.

(1) On peut, en droit attique, faire entre la tutelle des femmes et celle des impubères, la différence qui, dans le droit germanique, existe entre la *Mundschaft* et la *Vormundschaft*. Cf. Ciccotti, p. 107.

(2) Desjardins, p. 621, observe également qu'il faut se garder de traduire κύριος par tuteur, ce qui mène à voir dans le κύριος un homme nécessairement placé à côté de la femme pour l'assister et l'autoriser, un protecteur donné à la personne. « La femme n'a pas de tuteur, mais dans certains cas elle a des maîtres. *Tuteur* traduit mal pour deux raisons : il affaiblit l'idée qui s'y trouve contenue, il fait penser à un pouvoir général de protection, quand l'expression grecque indique une domination restreinte à des cas déterminés. »

II. — *Délation de la tutelle.*

La règle à suivre à cet égard est posée en les termes suivants dans un discours attribué à Démosthène : ἣν ἂν ἐγγυήσῃ ἐπὶ δικαίοις δάμαρτα εἶναι ἢ πατὴρ ἢ ἀδελφὸς ὁμοπάτωρ ἢ πάππος ὁ πρὸς πατρὸς, ἐκ ταύτης εἶναι παῖδας γνησίους. ἐὰν δὲ μηδεὶς ᾖ τούτων, ἐὰν μὲν ἐπίκληρός τις ᾖ, τὸν κύριον ἔχειν, ἐὰν δὲ μὴ ᾖ, ὅτῳ ἂν ἐπιτρέψῃ, τοῦτον κύριον εἶναι [1]. Ce texte, qui relate une loi vraisemblablement fort ancienne [2], et dont l'authenticité ne paraît point d'ailleurs soulever le moindre doute [3], a pour but direct [4] de déterminer celui qui remplit la fonction de

(1) Démosthène, *C. Stephan.*, II, § 18.

(2) Cela résulte notamment de l'expression δάμαρτα employée dans la loi pour désigner la femme légitime fiancée par le kyrios. Hruza, I, p. 6 et 56, note 18. On a attribué cette loi assez vraisemblablement à Solon (Van den Es, p. 12). Elle paraît bien, en effet, se rattacher à un ensemble de dispositions sur le mariage dont fait partie la loi citée par Démosthène (*C. Macart.*, § 54) concernant le mariage des épiclères pauvres, loi qui est attribuée à Solon par Diodore de Sicile (XII, 18) et par le grammairien Aristophane (Eustathius, *ad Iliad.*, φ 449). Il est intéressant de rapprocher de ce texte les dispositions de la loi de Manou portant : « La femme pendant son enfance dépend de son père ; pendant sa jeunesse de son mari ; son mari mort, de ses fils, si elle n'a pas de fils, des proches parents de son mari, car une femme ne doit jamais se gouverner à sa guise » (V, 147-148).

(3) Franke, *Jenaer lit. Zeit.*, 1843, p. 734 ; Hruza, I, p. 55. — Cf. Buermann, *in Rhein. Mus.*, t. 32, p. 353 ; Stacker, *De lit. instr.*, p. 3 et s. Il y a d'autant moins lieu de suspecter l'authenticité du texte qu'il se trouve reproduit partiellement, presque en les mêmes termes, dans un autre plaidoyer de Démosthène, *C. Leochar.*, § 49 : ἣν ἂν ἐγγυήσῃ πατὴρ ἢ ἀδελφὸς ἢ πάππος, ἐκ ταύτης εἶναι παῖδας γνησίους.

(4) C'est une erreur de croire que ce texte s'occupe dans sa seconde partie de désigner celui qui doit épouser la femme (V. notamment la traduction par Dareste du plaidoyer en question, t. II, p. 302). Il a pour but direct et exclusif de désigner le kyrios. Cela résulte manifestement de la phrase qui précède la citation du texte de la loi : σκέψασθε τοίνυν καὶ τοὺς νόμους παρ' ὧν κελεύουσι τὰς ἐγγύας ποιεῖσθαι (voyez encore les lois qui portent de quelles personnes on peut recevoir une femme en mariage). D'autre part, la citation de la loi ayant été faite, l'orateur ajoute au § 19 : οὗτος μὲν τοίνυν ὁ νόμος οὓς ἐποίησε κυρίους

kyrios : 1° lorsque le père, les frères, ou le grand-père de la femme vivent encore ; 2° à défaut de ceux-ci : (*a*) lorsque la femme est une épiclère, et (*b*) lorsqu'elle ne l'est point.

Dans la première hypothèse, la tutelle est légitime et elle est exercée par les divers parents nommés par la loi, à savoir : le père, le frère consanguin et le grand-père paternel [1]. Il est évident toutefois qu'elle ne leur appartient point à tous simultanément, mais successivement, de sorte que le frère n'est appelé à remplir les fonctions de kyrios qu'à défaut du père et et le grand-père qu'à défaut du frère [2].

Le père vient naturellement en première ligne dans la dévolution de la tutelle légitime, car qui, mieux que lui, comme le dit Isée [3], saurait veiller aux intérêts de sa fille, spécialement lorsqu'il s'agit de la marier, ce qui constitue la principale attribution du kyrios.

La loi appelle en seconde ligne le frère consanguin, ὁμοπάτωρ, ou à plus forte raison, s'il en existe un, le frère germain [3]. Le droit du frère consanguin ne s'exerce, en principe, qu'en cas de décès du père. Cependant Petit suppose, d'après un passage du *Trinummus* de Plaute, que le frère consanguin pouvait remplir les fonctions de kyrios et notam-

εἶναι ἀκηκόατε (vous avez vu quelles personnes la loi désigne comme kyrioi). Peut-être d'ailleurs, mais cela est fort douteux, la loi avait-elle pour objet d'indiquer dans sa première partie quels enfants sont légitimes. Cf. Hruza, I, p 55, texte et note 17.

(1) D'après la loi de Gortyne (VIII, 20 et s.), le droit de donner une fille en mariage appartient également en première ligne au père, et en seconde ligne au frère : αἰ δέ κα πατρὸς δόντος ἢ ἀδελπιῶ. A défaut de ces parents, la fille est patrôoque, c'est-à-dire épiclère et elle doit épouser l'un des parents désignés par la loi.

(2) Hruza, I, p. 56 ; Hermann-Thalheim, p. 9, note 1 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 564. Cela résulte notamment d'un passage de Platon (*Leges*, VI, p. 774) où celui-ci place toutefois l'aïeul paternel avant le frère consanguin dans la délation de la tutelle.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 64 : περὶ ὧν τίς ἂν ἄμεινον ἢ ὁ πατὴρ βουλεύσαιτο.

(4) Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 20.

ment donner sa sœur en mariage, non seulement après la mort, mais aussi en cas d'absence du père [1].

S'il existe plusieurs frères consanguins, ils exercent tous la tutelle en commun [2], à condition toutefois qu'ils soient majeurs [3]. Si le ou les frères de la femme sont mineurs, les pouvoirs du kyrios semblent devoir être exercés par le tuteur de ses frères [4]. Il est même probable que ce tuteur devait avoir la préférence sur le grand-père paternel, à supposer qu'il existât encore [5].

La tutelle de la femme n'est déférée d'ailleurs, comme le décide formellement le texte cité par Démosthène [6], qu'au frère consanguin. Elle n'appartient jamais au frère utérin en cette seule qualité. Si, en effet, la mère de la fille se remarie, ou bien celle-ci a des frères germains ou elle n'en a pas. Si elle en a, ces frères exercent après la mort de leur père les fonctions de kyrios. Si elle n'en a pas, et si, ce qui arrive normalement, elle ne possède plus son aïeul paternel, elle est épiclère, et elle a alors pour kyrios son plus proche parent paternel, à l'exclusion, par conséquent, des frères utérins. Ceux-ci ne pourraient donc être

(1) Desjardins, p. 596.

(2) Isée, *De Menec. her.*, § 2; Démosthène, *Adv. Bœotum*, II, § 7; *C. Leoch.*, §§ 9, 17. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 505, note 75; Desjardins, p. 596; Van den Es, p. 10; Lewy, p. 8; Hruza, I, p. 58.

(3) Ainsi, d'après Démosthène (*Adv. Bœotum*, II, § 7), la mère de Mantithée avait trois frères, Ménexène, Bathylle et Périandre, mais elle ne fut donnée en mariage que par les deux premiers, Périandre étant encore mineur : ὁ γὰρ Περίανδρος ἔτι παῖς ἦ.

(4) C'est ce que l'on peut induire d'un plaidoyer d'Isée (*De Dicæog. her.*, § 10) et d'un plaidoyer de Lysias (*C. Diogit.*). V. à ce sujet les savantes déductions de Hruza, I, p. 58, note 24. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 297.

(5) Hruza, I, p. 58.

(6) Ce texte est confirmé sur ce point par le passage précité de Platon. Il est vrai que la condition de consanguinité n'est point formellement exigée dans un autre texte de Démosthène (*C. Leoch.*, § 49, v. *supra*, p. 335, note 3). Mais il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette objection, car, dans ce dernier texte, la loi relative au mariage des femmes n'est citée qu'incidemment et partiellement.

investis de la tutelle que s'ils avaient en même temps la qualité de plus proches parents paternels, comme dans le cas où une femme aurait épousé successivement les deux frères [1].

A défaut du père ou de frères consanguins, la tutelle est déférée au grand-père paternel [2]. Si toutefois le droit de l'aïeul paternel est incontestable, il ne devait que rarement s'exercer. Aussi les plaidoyer des orateurs athéniens ne nous montrent-ils jamais le grand-père dans l'exercice de ses fonctions de kyrios, tandis qu'ils nous font voir souvent le frère investi de la tutelle [3]. En tout cas, tant que vivait l'aïeul paternel, la petite-fille orpheline et n'ayant point de frères ne pouvait être considérée comme épiclère ni soumise comme telle à l'épidicasie [4].

A défaut des parents dont nous venons de parler (père, frère consanguin et aïeul paternel), la tutelle est-elle dévolue à d'autres parents paternels d'un degré plus éloigné, et en suivant l'ordre de l'ἀγχιστεία ? On a soutenu l'affirma-

(1) Van den Es, p. 9; Hermann-Thalheim, p. 9, note 1 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 506. Il est vrai que dans un plaidoyer d'Isée (*De Apoll. her.*, § 9), on voit Apollodore donner en mariage sa sœur utérine (ὁμομητρία) à Lacratidès. Mais il faut observer qu'Apollodore, léguant conditionnellement ses biens à sa sœur, l'avait en même temps adoptée et avait ainsi acquis sur elle les droits de puissance paternelle. Cf. Hafter, p. 19. Quant au cas d'Endius (Isée, *De Pyrrhi her.*, § 45) qui, fils adoptif de Pyrrhus, donne en mariage à Xénoclès une fille prétendue naturelle de Pyrrhus, Van den Es (p. 10) dit qu'Endius est ici son kyrios en qualité de plus proche parent et qu'il peut user du droit qui lui est attribué par la loi de l'épouser ou de la donner en mariage.

(2) Et vraisemblablement aussi, à défaut du père ou de l'aïeul paternel, au bisaïeul paternel. V. *supra*, t. I, p. 427.

(3) Van den Es (p. 11) cite à tort le cas de la fille de Diodotos qui, d'après un plaidoyer de Lysias (*C. Diogit.*, § 6 et s.) a été donnée en mariage par Diogiton son tuteur et en même temps son grand-père. Diogiton n'était, en effet, que le grand-père maternel, et n'avait point à ce titre et comme agnat le droit de donner sa petite-fille en mariage. Si néanmoins il le fait, c'est plutôt à titre de tuteur des frères encore mineurs de sa petite-fille. Cf. Hruza, I, p. 59, note 24.

(4) Hruza I, p. 59, V. *supra*, t. I, p. 415.

tive [1]. Mais les textes ou les arguments divers sur lesquels on s'est fondé ne nous paraissent point suffisants [2] pour ébranler l'autorité du texte précité de Démosthène qui renferme la loi de la matière, et qu'il ne nous paraît pas permis de compléter ou d'étendre arbitrairement. Staeker soutient, il est vrai, que le texte véritable de la loi n'a pas été rapporté intégralement dans le plaidoyer de Démosthène, et que le texte qui nous est parvenu a été composé par l'orateur à l'aide de deux autres lois. Selon cet auteur, la véritable formule aurait compris, à partir du mot γνησίους, deux autres règles. La première, qui commençait probablement par les mots ἐὰν δὲ μηδεὶς ᾖ τούτων, indiquait à quels parents autres que le père, le frère ou l'aïeul appartenait le droit de donner la femme en mariage ; et la seconde exposait la signification du mot ἐπίκληρος [3]. Cette interprétation, quoique assez ingénieuse, ne nous semble pas admissible, car rien

1) Franke, *Jenaer lit. Zeit.*, 1843, p. 734 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 564 ; Staeker p. 24, 25 ; Platner, *Process*, II, p. 251.

(2) C'est ainsi que Franke (*loc. cit.*) invoque notamment un passage d'Eschine (*C. Timarch.*, § 13) portant : ἐάν τινα ἐκμισθώσῃ ἑταιρεῖν πατὴρ ἢ ἀδελφὸς ἢ θεῖος ἢ ἐπίτροπος ἢ ὅλως τῶν κυρίων τις. Mais il n'en résulte nullement que la qualité de kyrios puisse appartenir légalement à d'autres qu'au père, au frère ou à l'aïeul paternel nommés en première ligne. Le mot κύριος désigne dans ce texte tous ceux qui, à un titre quelconque, peuvent avoir autorité sur un enfant et comprend même, comme le décide le § 18 du même plaidoyer d'Eschine, le maître, διδασκάλος, de l'enfant (v. d'ailleurs, *supra*, p. 155, les différents sens dans lesquels le mot κύριος peut être employé). Les textes invoqués par Platner sont les suivants : Isée, *De Apoll. her.*, § 9 ; *De Aristar. her.*, § 6 ; *De Astyph. her.*, § 29. Mais, comme le remarque très justement Hruza (I, p. 60, note 26), aucun de ces textes n'est probant. Dans le premier, en effet, Apollodore a, en sa qualité de père adoptif, acquis la puissance paternelle sur sa sœur utérine (v. *supra*, p. 338, note 1). Dans le second, il s'agit d'une fille épiclère, et dans le troisième la *desponsatio* était faite par une personne qui n'avait point le droit d'y procéder, mais avec la ratification du κύριος (v. *infra*, p. 340).

(3) Qua cum lege, dit Staeker (*loc. cit.*), orator conjunxit illam de tutela cujus prima parte statuebatur ut filiæ essent in tutela patris aut fratris aut avi, altera pars jam exstat inde a verbis ἐὰν δὲ μηδεὶς ᾖ τούτων. Illæ autem sententiæ, quæ ab initio in media formula exstabant, eo facilius excidere poterant, quod ab iisdem verbis incipiebant, quibus id præceptum quod in fine legis scriptum est.

ne la justifie, et il est très dangereux de vouloir combler de prétendues lacunes d'un texte dont rien ne peut faire sérieusement soupçonner l'authencité. On comprend, du reste, que la loi n'ait pas déféré la tutelle des femmes à d'autres parents plus éloignés, parce qu'elle ne pouvait pas attendre d'eux la même sollicitude pour leur pupille [1].

Si la tutelle n'était point déférée à des parents paternels d'un degré plus éloigné que ceux qui sont cités dans la loi en question, à plus forte raison ne pouvait-elle appartenir au beau-père. Il est vrai que, dans un plaidoyer d'Isée [2], on voit Théophraste donner en mariage sa belle-fille. Mais il n'en résulte nullement que Théophraste ait eu la qualité de kyrios. Le droit de marier la jeune fille appartenait, comme le montre le plaidoyer, à Astyphile son frère consanguin; seulement celui-ci, en raison de la bienveillance que Théophraste avait toujours témoignée à la fille de sa femme et de la manière dont il l'avait élevée, laissa au beau-père le soin de pourvoir au mariage de sa belle-fille et ratifia (καὶ ταῦτα τῷ 'Ἀστυφίλῳ ἐξήρκει) ce qu'il avait fait [3].

Mais s'il s'agit d'un des parents désignés par la loi (père, frère ou aïeul), peu importe que la parenté soit fondée sur le mariage ou dérive d'une adoption. Ainsi le père adoptif est le kyrios de la fille qu'il a adoptée. De même, le fils adoptif est, après la mort de l'adoptant, le kyrios de la fille légitime laissée par ce dernier. Ce n'est là, au surplus, qu'une

(1) Cf. en ce sens Hruza, I, p. 59; Heffter, p. 73; Caillemer *Les papyrus grecs*, p. 20; Desjardins, *loc. cit.*, p. 597; Hafter, p. 15 et 34. On peut toutefois admettre avec Hafter (p. 77) et Staeker (p. 25) que notre loi était complétée par celle qui est citée au § 20 du même plaidoyer (*C. Steph.* II) et qui règle les droits des fils de l'épiclère quand ils ont atteint leur majorité. V. toutefois Hruza, I, p. 61, note 28.

(2) *De Astyph. her.*, § 29.

(3) Schœmann, sur Isée, p. 422; Hermann-Thalheim, p. 9, note 1; Van den Es, p. 7, 8; Caillemer, *Annuaire*, 1875, p. 182, note 1; Meier, Schœman et Lipsius, p. 506, note 75. *Contra*, Hermann-Stark, p. 460, note 5.

conséquence de ce principe général, en matière d'adoption, que l'adopté acquiert l'ἀγχιστεία dans sa famille adoptive avec tous les droits et les obligations qu'elle comporte [1]. Si l'adopté, en sa qualité de kyrios, épouse, suivant la coutume, la fille de l'adoptant, il y a là un cas spécial où le mari est en même temps kyrios de sa femme, mais cette qualité lui est conférée par le fait de l'adoption et non par celui du mariage [2].

Quel que soit d'ailleurs le parent investi de la qualité de kyrios d'après les règles qui précèdent, son pouvoir est, en principe, perpétuel ; il n'est point épuisé par le mariage de la fille, de la sœur, ou de la petite-fille qu'il a en sa garde [3].

Nous avons maintenant à voir, en suivant l'ordre de la loi citée par Démosthène, à qui est déférée la tutelle à défaut du père, du frère consanguin ou de l'aïeul paternel. La loi envisage d'abord le cas où il s'agit d'une fille épiclère et porte : ἐὰν δὲ μηδεὶς ᾖ τούτων, ἐὰν μὲν ἐπίκληρος τις ᾖ, τὸν κύριον ἔχειν, ce qui signifie que l'épiclère a pour kyrios le plus proche anchisteus [4], c'est-à-dire non point son plus proche parent suivant le lien du sang, mais celui qui, d'après les règles posées par la loi, est appelé en première ligne, à défaut de l'épiclère, à recueillir la succession du père de celle-ci. Cet anchisteus, ainsi investi de la tutelle, peut alors, suivant le droit de l'épiclèrat, se faire adjuger l'épiclère en mariage. Il peut aussi, renonçant à son droit de l'épouser, user du droit que lui confère sa qualité de kyrios pour la donner en mariage à un parent d'un degré plus éloigné, ou même, s'il ne se trouve aucun parent, ou qu'aucun d'eux ne veuille de ce mariage, la marier à un étranger. Dans tous les cas, le plus proche anchisteus conserve ses pouvoirs de kyrios sur l'épi-

(1) Hruza, I, p. 55. V. *supra*, p. 53.
(2) V. *supra*, t. I, p. 216 et s.
(3) Cf. Demosthene, *C. Spud.*, § 4; Isée, *De Menecl. her.*, § 8.
(4) V. *supra*, t. I, p. 424.

clère, et ces pouvoirs ne prennent fin ni par le mariage de l'épiclère avec un autre parent, ni par le fait que les fils de l'épiclère mariée atteignent leur majorité [1].

La tutelle, dans les diverses hypothèses que nous avons jusqu'à présent examinées, est légitime, en ce sens que le kyrios est désigné par la loi elle-même. Mais il peut se faire que l'on ne se trouve dans aucun de ces cas, et que le kyrios ne puisse être désigné par la loi. La femme doit néanmoins, en raison de son incapacité, être munie d'un tuteur. Cette situation peut se présenter dans les hypothèses suivantes [2]. Telle est d'abord celle d'une femme née hors mariage de deux personnes possédant le droit de cité athénienne. La fille naturelle n'a point d'anchistie [3], et, dès lors, elle ne peut avoir de kyrios en vertu des règles précédemment indiquées [4]. De même, lorsqu'un étranger naturalisé meurt en ne laissant qu'une ou plusieurs filles, celles-ci n'ont point d'anchisteis selon le droit attique, car la parenté naturelle avec des étrangers ou des métèques n'est point prise en considération. Une semblable situation est celle de la femme qui vient à perdre son kyrios sans avoir aucun autre parent appelé par la loi à remplir cette fonction (père, frère, ou aïeul paternel) et sans être non plus épiclère : tel est le cas où la femme se trouvait sous la tutelle d'un frère qui décède en laissant des descendants ; ceux-ci ne peuvent être les kyrioi de leur tante, car elle n'est point alors épiclère [5].

(1) Nous avons précédemment établi ce dernier point en exposant la situation juridique de l'épiclère après son mariage, V. *supra*, t. I, p. 476.

(2) Hruza, I, p. 61-63, est le premier qui les ait toutes exposées dans sa savante étude sur le mariage.

(3) V. *supra*, t. I, p. 494 et s.

(4) Van den Es commet une erreur lorsqu'il dit (p. 10) : videtur igitur proximus cognatus jus habuisse spuriæ filiæ despondendæ. Cf. Hruza, I, p. 63, note 31.

(5) Ce cas a été relevé par Hermann, *Jur. dom. comp.*, p. 10, note 26, mais cet auteur admet que la tutelle est alors exercée par celui que le kyrios défunt a désigné. Cf. Hermann-Thalheim, p. 9, note 1; Stæker, p. 22.

On peut également citer le cas où le mari étant kyrios de sa femme, le mariage vient à se dissoudre soit par la mort du mari, soit par le divorce [1]. Il peut enfin arriver qu'une femme épiclère n'ait exceptionnellement aucun anchisteus et qu'elle ne puisse ainsi avoir de kyrios d'après le droit des épiclères [2].

Ce sont ces différentes hypothèses que vise, selon nous, la disposition finale de la loi citée par Apollodore, en posant pour elles une règle générale dans les termes suivants : ἐὰν δὲ μὴ ᾖ, ὅτῳ ἂν ἐπιτρέψῃ, τοῦτον κύριον εἶναι. Mais cette disposition a donné lieu à bien des interprétations que nous devons exposer avant d'indiquer la portée que nous lui attribuons.

Une première difficulté a été soulevée sur le sens de ces mots ἐὰν δὲ μὴ ᾖ. Certains auteurs ont prétendu qu'il fallait après cette phrase suppléer le mot κύριος, et traduire alors : « mais s'il n'existe pas de kyrios » [3]. Mais cette opinion est aujourd'hui généralement abandonnée, et l'on est d'accord pour dire que les mots ἐὰν δὲ μὴ ᾖ se réfèrent au mot ἐπίκληρος du membre de phrase précédent. Cette interprétation résulte naturellement de la construction même de la loi. Il y a, en effet, une opposition évidente entre les deux derniers membres de phrase de la seconde partie. Dans cette partie, la loi, visant l'hypothèse où il n'existe aucun des parents visés par la première règle, suppose d'abord le cas où la femme est épiclère : ἐὰν μὲν ἐπίκληρός τις ᾖ. Puis, dans la dernière phrase,

(1) En cas de divorce, le kyrios de la femme doit intenter pour elle l'action en restitution de la dot et l'action en aliments. Cf. Démosthène, *C. Neæram*, § 52.

(2) Hruza, I, p. 64, cite encore le cas où le kyrios d'une femme encourt une condamnation capitale et la confiscation de ses biens. Peut-être aussi pourrait-on supposer le cas où la femme a un frère, mais qui s'absente d'Athènes pour longtemps sans pouvoir ainsi, en fait, remplir les fonctions de kyrios. Cf. Stæker, p. 22-23.

(3) Reiske, *App. crit. ad Demosth.*, III, p. 1525 ; Heffter, p. 74 ; Platner, *Beitræge*, p. 118, mais qui a depuis abandonné cette opinion.

elle s'occupe du cas inverse : ἐὰν δὲ μὴ ᾖ (ἐπίκληρος), où la femme n'est point épiclère. Si elle a cette qualité, son kyrios est désigné selon la loi de l'épiclérat ; si elle ne l'a point, il s'agit de lui en instituer un suivant les règles que nous allons exposer. Avec cette interprétation, les dispositions de la loi s'enchaînent très correctement et présentent un ensemble parfait [1].

(1) Cf. en ce sens, sauf les divergences que nous exposons ultérieurement : Petit, p. 534; O. Müller, *Gœtting. gel. Anz.*, 1821, p. 1178; Franke, *loc. cit.*, p. 742; Platner, *Process*, t. II, p. 253; Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 303; Van Stegeren, p. 79; Schæfer, *Appar. crit. et exeg. in Demosth.*, t. V, p. 210; Hermann, *Jur. dom. comp.*, p. 10; Stæker, p. 20; Hermann-Thalheim, p. 9, note 1; Hruza, I, p. 64. — Schelling (p. 100), au lieu de ἐὰν δὲ μὴ ᾖ, a proposé de lire ἐὰν δὲ μὴ ἔχῃ (sc. κύριον), et il interprète alors la loi de la manière suivante : « Si horum nemo supersit, si quæ igitur orba (ἐπίκληρος) sit, ὁ κύριος (sc. is qui proximus est virgini cognatus et, si virgini hereditas relinquitur, cum illa κλήρου heres est), eam (uxorem) habeat; sin non habeat (h. e. si eam habere nolit), is cui eam tradat (ἐπιτρέψῃ, scil. ἔχειν) dominus bonorum (et simul maritus) esto. » Mais c'est là, selon nous, une correction arbitraire du texte, et, de plus, l'interprétation de Schelling repose sur une hypothèse tout à fait exceptionnelle, à laquelle le législateur n'a certainement pas dû se référer. Cf. Franke, *loc. cit.*, Hruza, I, p. 64; Stæker, p. 23-24. — Bunsen (p. 48) a proposé une autre correction. Il suppose, d'après un manuscrit, que la première phrase doit porter ἐὰν μὲν ἐπίκλητος (et non ἐπίκληρος) τις ᾖ, et il donne en conséquence à la loi le sens suivant : « Nullo vero horum virorum exstante, si quis erit lege vocatus, sive proximus, ei qui ducere illam possit, sin minus cui tutor sive cognatus tradiderit, collocare eam liceat. » Cette interprétation nous paraît tout aussi peu fondée que la précédente, et elle est condamnée par la suite même du plaidoyer. En effet, après avoir cité le texte de la loi, Apollodore affirme, en s'y référant, que précisément sa mère est une épiclère. Cf. Platner, *Annal. Heildelberg.*, 1814, p. 1291; Schelling, p. 100; Stæker, p. 23. — Lewy (p. 8) traduit ainsi notre passage : « Filia si epicleros est, proximo nubit genere ; si minus, velut fratris filii sunt superstites, in horum tutelam pervenit, et his non adultis, in ejus qui est epitropos. » Cette interprétation, quoique partant de cette idée vraie que la femme n'est pas épiclère dans le cas où son père meurt en laissant des enfants, nous paraît dénaturer trop ouvertement le texte de Démosthène. — Saumaise (sur Petit, 333) et Wesseling (*De modo usur.*) enseignent qu'il s'agit ici d'une femme ἐπικληρῖτις et non ἐπίκληρος, c'est-à-dire qui hérite, mais sans être soumise à l'épidicasie dont l'épiclère est l'objet. Cette femme, suivant eux, reste mariée, si elle l'est, et passe à celui qui a été désigné par son premier mari, si elle l'a perdu. Mais ce système repose, comme plusieurs de ceux que nous avons écartés, sur une cor-

En supposant donc que la dernière phrase de notre loi se réfère au cas d'une fille non épiclère, il s'agit de savoir à qui appartient le pouvoir de désigner son kyrios. De nouvelles divergences se produisent sur ce point. Dans une première opinion, la désignation du kyrios appartiendrait à la femme elle-même, « à celui à qui elle se confie, ὅτῳ ἂν ἐπιτρέψῃ » [1]. Mais cette opinion nous paraît inadmissible pour une double raison. Elle est d'abord obligée de forcer le sens du mot ἐπιτρέψῃ [2]. Elle est, d'autre part, contraire à l'esprit général du droit athénien qui ne peut avoir accordé à la femme une aussi grande liberté. On rencontre, sans doute, dans le droit romain, la *tutoris optio* qui permet à la femme de choisir elle-même son tuteur ; mais c'est à une époque où la tutelle des femmes était en pleine décadence et n'existait plus guère que de nom [3].

Dans une seconde opinion, la délation de la tutelle appartient au kyrios qui était investi en dernier lieu de cette qualité, de sorte que le mot κύριος serait ainsi le sujet du verbe ἐπιτρέψῃ [4]. On peut, en faveur de cette interprétation, argumenter par analogie du droit que possède le kyrios de déléguer à un tiers l'exercice de tout ou partie de ses

rection de texte injustifiable et sur une distinction inexplicable entre l'ἐπίκληρος et l'ἐπικληρῖτις. Il n'y a, d'ailleurs, aucune raison pour rapporter à une veuve la phrase qui nous occupe. Cf. Desjardins, p. 603.

(1) Reiske, *loc. cit.*, qui traduit ainsi le passage en question : « cui illa ipsa sese permiserit. » Heffter (p. 74) s'exprime à peu près dans le même sens. Il traduit ἐπιτρέπειν par « choisir », et invoque par analogie l'expression ἐπιτρέπειν διαιτῆσαι τινι. Cf. Platner, *Beitræge*, p. 118.

(2) Pour que le mot ἐπιτρέψῃ eût le sens qu'on lui prête, l'addition du pronom ἑαυτήν (sese ipsa permiserit) serait absolument nécessaire. Cf. Schelling, p. 99 ; Stæker, p. 21 ; Hruza, I, p. 64, note 35 ; Platner, *Process*, t. II, p. 250. — Il faut toutefois reconnaître que grammaticalement le sujet du verbe ἐπιτρέψῃ paraît bien être la femme elle-même, qui se trouve le sujet du verbe précédent ᾖ.

(3) Cf. les auteurs cités à la note précédente.

(4) Hermann, *Jur. dom. comp.*, p. 10 ; Hermann-Thalheim, p. 9, note 1. Cf. Bunsen, p. 48.

pouvoirs, ou même de disposer de sa pupille par testament [1]. Elle prête cependant à la critique en ce qu'elle ne pourvoit pas à toutes les situations que nous avons signalées, et dans lesquelles une femme, sans être épiclère, n'a point de kyrios, ce qui est le cas pour une fille naturelle. Elle a le tort, d'autre part, d'être inapplicable dans l'hypothèse ou le kyrios sortant de charge n'a pris aucune disposition relativement à la transmission de ses pouvoirs.

La seule théorie qui, à notre avis, interprète notre loi d'une manière satisfaisante en pourvoyant à tous les cas possibles (ce qui devait logiquement être le but du législateur), est celle qui attribue la désignation du kyrios à l'archonte éponyme. Ce pouvoir de l'archonte serait parfaitement conforme à sa mission générale de veiller à la protection des orphelins, des épiclères, des maisons abandonnées et des femmes enceintes [2]. Il est vrai que la loi qui définit cette mission ne charge point spécialement l'archonte de nommer un kyrios aux femmes qui n'en ont point. Mais cette loi, qui ne faisait que poser des principes généraux, n'avait pas besoin d'entrer dans des détails qui étaient vraisemblablement réglés par d'autres textes législatifs. Si, malgré le silence de la loi en question sur ce point, on reconnaît généralement à l'archonte le droit de nommer un tuteur au mineur en l'absence de tuteur testamentaire ou légitime [3], on doit de même lui accorder le droit de désigner le kyrios de la femme lorsque celui-ci ne l'est point par la loi elle-même [4]. La situation est semblable et il y a

(1) V. *infra*, p. 377 et s.

(2) Démosthène, *C. Macart.*, § 75 : ὁ ἄρχων ἐπιμελείσθω τῶν ὀρφανῶν καὶ τῶν ἐπικλήρων καὶ τῶν οἴκων τῶν ἐξερημουμένων καὶ τῶν γυναικῶν κτλ.

(3) V. *supra*, p. 180 et s.

(4) En droit romain, il y avait lieu de même pour le magistrat de nommer un tuteur à la femme pubère dans le cas où elle n'avait ni tuteur légitime, ni tuteur testamentaire, comme aussi dans le cas où le tuteur en fonctions était empêché ou incapable de *præstare auctoritatem*. Cf. Gaius, *Com.*, I, §§ 173, 180, 181.

les mêmes raisons de décider. Peu importe qu'il ne nous soit parvenu aucun document concernant cette délation de la tutelle des femmes par le magistrat [1], car nous n'en possédons pas d'avantage en ce qui concerne la délation de la tutelle ordinaire par l'archonte, et cependant cette dernière paraît hors de doute [2].

Quand à la procédure suivie pour la constitution du kyrios par le magistrat, on ne peut, en l'absence de textes, que se livrer à des conjectures. Il y a lieu toutefois de croire que l'archonte choisissait le kyrios de la femme parmi les personnes qui tenaient de plus près à celle-ci, nommant par exemple son mari, ou son fils majeur si elle était veuve [3] [4].

Cela suppose que ni le mari, ni les enfants majeurs de la veuve ne sont investis de plein droit de tutelle de leur femme ou mère.

L'opinion générale est cependant en sens contraire. Ainsi

(1) Hruza (I, p. 66, note 42) croit cependant trouver des traces de la délation de la tutelle par le magistrat dans un plaidoyer d'Isée (*De Philoct. her.*, § 32) où il est dit, en parlant de la fille de Chairéas, ἧς ἐπειδὴ κύριος κατασταίη, expressions qui semblent bien faire allusion à l'institution d'un tuteur non par la loi, mais par une autorité. Cf. Schœmann, sur Isée, p. 339 ; Platner, *Process*, t. II, p. 275. Le mot κατασταίη peut, du reste, être rapproché de la κατάστασις ἐπιτρόπων que Pollux (VIII, 89) et Aristote (*Const. des Athén.*, c. 56) font rentrer dans les attributions de l'archonte éponyme. V. *supra*, p. 180 et s.

(2) Platner, *Process*, t. II, p. 274; Hruza, I, p. 65, 66 ; Desjardins, p. 603.

(3) Hruza, I, p. 67. C'est ainsi que, d'après cet auteur, Endius, fils adoptif de Pyrrhus, aurait été le κύριος de Philé, fille naturelle de son père adoptif, et l'aurait donnée en mariage à Xénoclès (Isée, *De Pyrrhi. her.*, §§ 45 et s., 58 et 70). C'est aussi de la même manière que Xénoclès serait devenu le kyrios de sa femme, probablement après la mort d'Endius (Isée, *ibid.*, §§ 2, 3, 30 et 32).

(4) Desjardins, p. 603, qui estime avec nous qu'il faut entendre les mots ὅτῳ ἂν ἐπιτρέψῃ de l'archonte chargé de veiller sur l'orphelin, ajoute que le pouvoir de l'archonte n'a pas le même caractère que celui du père ou du frère. En fait, dit-il, il s'exercera très rarement, et quand il s'exercera, ce sera avec l'assentiment de la femme. Voila pourquoi l'archonte n'est pas désigné comme le maitre de la femme (κύριος), mais seulement comme pouvant la confier (ἐπιτρέπειν) à un mari. Nous n'admettons pas cette interprétation, car selon nous l'archonte se borne a désigner le kyrios, et c'est celui-ci qui procédera ensuite, le cas échéant, au mariage de la femme.

d'abord, en ce qui concerne le mari, on admet qu'il devient de plein droit, en vertu du mariage, le kyrios de sa femme. Mais nous avons précédemment démontré l'inexactitude de cette théorie et établi qu'au contraire, si le mari peut avoir souvent la qualité de kyrios de sa femme, il n'exerce point la tutelle en vertu du mariage même, mais en vertu d'un titre spécial antérieur ou postérieur au mariage [1].

D'un autre côté, après la mort du mari, la tutelle de la veuve, lorsque celle-ci ne retourne point chez son kyrios et demeure dans la maison du défunt, appartiendrait, d'après certains auteurs, au fils majeur. Si le fils était encore en état de minorité, les pouvoirs du kyrios seraient alors exercés par le le tuteur de cet enfant mineur. On invoque en ce sens un texte de Démosthène où il est dit, en parlant de la mère de Phénippe : ταύτῃ χρέως φησὶν ὀφείλεσθαι Φαίνιππος τὴν προῖκα ἧς οἱ νόμοι κύριον τοῦτον ποιοῦσι [2]. On argumente aussi, par analogie, de l'ancien droit romain où les fils pouvaient, en leur qualité de plus proches agnats, être investis de la tutelle légitime de leur mère tombée *in manum mariti* [3].

(1) V. *supra*, t. I, p. 216 et s. — Aux autorités citées en faveur de l'opinion générale que nous combattons, *adde* Lipsius, *Bedeutung des Griechischen Rechts*, p. 26, note 5.

(2) Démosthène, *C. Phœnip.*, § 27.

(3) Van den Es, p. 158 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 561 ; Ciccotti, p. 21 ; Hermann-Thalheim, p. 10, note 1 ; Thalheim, *Progr. Hirschberg*, 1894, p. 12 ; Schulthess, p. 67 ; Lipsius, *loc. cit.;* Barilleau, *Constitution de dot*, p. 151 ; Caillemer, *Restitution de la dot*, p. 18, note ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 55-56 ; Cauvet, p. 448-449. Ce dernier auteur cite à l'appui de son opinion le cas de Pénélope qui, d'après l'Odyssée (II, v. 113), devrait le respect et l'obéissance à Télémaque, de sorte qu'il aurait appartenu à celui-ci d'ordonner à sa mère de prendre un autre époux (Cf. en ce sens Tamassia, *Le nozze in Omero*, p. 19). Mais le texte de l'Odyssée dit, au contraire, que Télémaque doit remettre sa mère au père de celle-ci pour qu'elle épouse celui que désignera son père, γαμέεσθαι τῷ ὅτεῳ τε πατὴρ κέλεται. Cauvet n'admet point, du reste, que le fils ait eu vis-à-vis de sa mère les pouvoirs d'un kyrios véritable ni qu'il ait pu lui imposer un mari malgré elle, comme cela avait lieu pour la fille mariée par son père.

Nous estimons, au contraire, que la mort du mari n'a nullement pour effet d'ouvrir au profit des fils issus du mariage la tutelle sur la veuve. De deux choses l'une : ou bien la femme possède encore le kyrios qui l'avait donnée en mariage, et elle se trouve sous la puissance de ce kyrios (puissance qui, comme nous l'avons admis, a survécu au mariage), et cela sans distinguer entre le cas où la veuve retourne chez ce kyrios et celui où elle reste dans la maison conjugale. Ou bien le défunt avait la tutelle de sa femme, et alors celle-ci n'ayant plus de kyrios légal, il lui en est nommé un par l'archonte [1]. Ce magistrat peut, sans doute, choisir comme kyrios le fils majeur de la veuve, mais ce fils n'est pas de plein droit investi de la tutelle de sa mère. Le texte de Démosthène qu'on invoque à l'appui de l'opinion opposée ne prouve qu'une chose, c'est que Phénippe devenait, à la mort de son père, maître ou propriétaire (κύριος) de la dot [2]. Mais il ne lui attribue aucun pouvoir tutélaire sur la personne de sa mère, Si, en pareil cas, la loi avait déféré la tutelle au fils, Apollodore n'aurait pas manqué de s'en prévaloir dans son plaidoyer contre Stéphanos [3], au lieu d'invoquer, en en dénaturant la portée, la loi relative aux fils d'épiclères. Quant à l'analogie des lois romaines, elle est peu probante, car l'organisation de la famille était toute différente à Athènes de ce qu'elle était à Rome et, notamment, le lien agnatique était loin d'avoir dans le droit attique la même force que dans le droit romain [4].

(1) V. *supra*, p. 346.

(2) La veuve, lorsqu'elle continuait de demeurer avec ses enfants dans la maison conjugale, renonçait par cela même à exiger la restitution de sa dot, qui devenait la propriété des enfants, mais à charge par ceux-ci de subvenir aux besoins de leur mère. V. *supra*, t. I, p. 312.

(3) Démosthène, *C. Steph.*, II, § 20.

(4) Hruza, I, p. 71-72. — Il y a dans les inscriptions de Ténos sur le registre des ventes immobilières plusieurs cas où une femme se trouve sous la tutelle soit de son fils, soit même de son petit-fils. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 92.

En résumé, la tutelle des femmes, ainsi que nous venons de l'établir d'après la loi que Démosthène fait citer par Apollodore, est, ou bien légitime, quand elle est exercée par le père, le frère consanguin, l'aïeul paternel ou le plus proche anchisteus suivant les cas, ou bien déférée par le magistrat, s'il ne peut y avoir de kyrios légal. On peut enfin signaler une troisième sorte de tutelle, celle qui est déférée par testament [1], c'est-à-dire que le kyrios en exercice peut léguer sa pupille à un tiers, la lui donner en mariage par testament, de sorte que ce tiers devient à son tour le kyrios de cette femme [2]. Le *legatum mulieris* ne peut toutefois produire son effet et investir le légataire de la tutelle qu'autant qu'après la mort du testateur il ne peut y avoir d'autre personne appelée par la loi elle-même à l'exercice des fonctions de kyrios. La volonté du testateur ne peut alors l'emporter sur la désignation de la loi. Mais elle produit son effet dans le cas où le mari était lui-même kyrios de sa femme, à supposer d'ailleurs que celle-ci ne fût pas une épiclère [3].

(1) On rencontre ainsi à Athènes, comme à Rome, les trois mêmes modes de délation de la tutelle des femmes pubères. Cf. May, t. I, p. 20.

(2) V. Démosthène, *Pro Phormione*, arg. et § 28. Il n'est point toutefois absolument certain que Pasion ait légué sa femme à Phormion. Peut-être y avait-il eu, du vivant même de Pasion, une engyésis à laquelle ce dernier avait procédé, ainsi qu'on peut le supposer d'après le § 21 du second plaidoyer contre Stéphanos : πρὶν οὖ ἀποφαίνει Φορμίων γῆμαι ἐγγυησάμενος αὐτὴν παρὰ Πασίωνος. V. *supra*, t. I, p. 223. Quant au père de Démosthène, dont on cite ordinairement le cas comme semblable à celui de Pasion, il avait, sans doute, disposé de sa femme *mortis causa*, mais avait procédé avant sa mort à l'engyésis de celle-ci avec Aphobos. Démosthène, *C. Aphob.*, II, § 15 : ὁ γὰρ πατήρ, ὦ ἄνδρες δικασταί, ὡς ᾔσθετο τὴν νόσον οὐκ ἀποφευξόμενος, συγκαλέσας τούτους τρεῖς ὄντας.... τὴν μὲν ἀδελφὴν Δημοφῶντι καὶ δύο τάλαντα προῖκα διδοὺς εὐθὺς, καὶ γυναῖκα αὐτῷ ταύτην ἐγγυῶν κτλ. Cf. Hruza, I, p. 46, note 33, p. 67, note 45 et p. 122. V. *supra*, t. I, p. 155 et 225.

(3) Gide, p. 75; Hruza, I, p. 75 et 122. Ce dernier auteur ne fait point la restriction que nous croyons devoir apporter pour le cas d'une fille épiclère. Dans ce cas, en effet, la revendication de l'épiclère peut être faite par le plus proche anchisteus après le défunt.

Nous devons enfin mentionner, pour compléter l'indication des personnes appelées à exercer les fonctions de kyrios, un cas exceptionnel où ces fonctions sont remplies, du moins en ce qui concerne la dation en mariage, par l'Etat lui-même : c'est le cas des filles d'Aristide qui, d'après Plutarque, auraient été mariées (ἐγγυωμένη) et dotées par la cité [1].

Au surplus, lorsque la femme doit, suivant les règles que nous avons posées, se trouver sous la puissance de son kyrios, aucune circonstance ne peut la soustraire à cette tutelle perpétuelle [2]. On ne trouve pas à Athènes de cas d'exemption semblables à ceux qui étaient admis à Rome en faveur des vestales ou des femmes qui pouvaient invoquer le *jus liberorum* établi par les lois caducaires [3].

III. — *Fonctions du tuteur.*

Pour déterminer les fonctions du tuteur d'une femme pubère, il faut être fixé préalablement sur la capacité de la femme dans le droit attique. Dans le droit romain, du moins à l'époque classique, la situation de la femme pubère est nettement déterminée. La femme peut, en principe, agir seule, mais comme on se défie de sa *levitas animi*, on exige qu'elle soit assistée de son tuteur lorsqu'il s'agit d'un acte important et déterminé par la loi, acte qui pourrait compromettre son patrimoine et, par suite, porter atteinte aux droits de ses successeurs *ab intestat* [4]. A Athènes, il est beaucoup plus difficile de préciser les limites de la capacité de la femme.

Il existe à cet égard un texte célèbre que nous avons déjà eu occasion de signaler en parlant de la tutelle des

(1) Plutarque, *Aristid.*, § 27 : καὶ τὰς μὲν θυγατέρας ἱστοροῦσιν ἐκ τοῦ πρυτανείου τοῖς νυμφίοις ἐκδοθῆναι δημοσίᾳ τῆς πόλεως τὸν γάμον ἐγγυώσης. V. *suprà*, t. I, p. 273.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 564.

(3) Cf. Gaius, I, §§ 145, 194.

(4) Cf. Accarias, t. I, nº 165 ; May, t. I, nº 132.

impubères et qui interdit à la femme, de même qu'au mineur, de contracter au-delà de la valeur d'un médimne d'orge, μὴ ἐξεῖναι συμβάλλειν γυναικὶ πέρα μεδίμνου κριθῶν [1]. Le droit de la femme de contracter semble ainsi restreint dans des limites tout à fait étroites. Mais la situation de la femme paraît bien différente si l'on se reporte à certains passages des orateurs ou des poètes athéniens. Ainsi d'abord Aristophane [2] met en scène une vieille femme qui rapporte qu'elle donnait à un jeune homme tantôt vingt drachmes pour un manteau, tantôt huit pour des chaussures, tantôt quatre boisseaux de blé, ainsi que des tuniques et des robes pour sa sœur. Dans une autre comédie [3], il accuse la mère d'Hyperbalos de prêter à usure. On voit aussi dans *Lysistrata* Myrrhine se déclarer prête à mettre sa robe en gage pour emprunter [4], et le chœur des femmes demander s'il est quelqu'un, homme ou femme, qui veuille emprunter un peu d'argent, deux ou trois mines [5]. Enfin dans une autre comédie d'Aristophane, Chrémès parle des prêts que les femmes se font les unes aux autres et qui ont pour objet des choses précieuses, ou même de l'argent [6]. Si maintenant nous passons aux orateurs, nous voyons, dans un plaidoyer de Démosthène, Nicarète, mariée à Hippias, acheter plusieurs petites filles et plus tard revendre l'une d'elles, Nééra [7]. Ailleurs Plangon, concubine ou femme de Mantias, promet moyennant trente mines de jurer que ses enfants ne sont pas nés de ce dernier [8]. Démosthène rapporte encore que la femme de Polyeucte a

(1) Isée, *De Aristar. her.*, § 10. — Cf. Harpocration, v° ὅτι παιδὶ καὶ γυναικὶ ; Dion Chrysostome, *Or.*, vers. 1024, p. 321 (Didot).

(2) *Plutus*, v. 982 et s.

(3) *Tesmoph.*, v. 839 et s. : δανείζειν χρήμαθ' ἢ χρῆν, εἰ δανείσειεν τινι, καὶ τόκον πράττοιτο.

(4) V. 113 et 114.

(5) V. 1048 et 199.

(6) *Eccles.*, v. 446.

(7) *C. Neæram*, §§ 28 et s.

(8) Démosthène, *C. Bœot.*, II, § 10.

prêté à Spoudias une somme de 1800 drachmes, prêt constaté par un écrit[1]. Eschine[2] nous montre, d'autre part, Démosthène, ayant dévoré son patrimoine, parcourant la ville, faisant la chasse aux orphelins riches dont les pères étaient morts et dont la fortune était gouvernée par leurs mères (αἱ δὲ μητέρες διῴκουν τὴν οὐσίαν), et il aperçoit une maison riche et mal gouvernée à la tête de laquelle était une femme (ἧς ἡγεμὼν μὲν ἦν γυνή) orgueilleuse et dénuée de sens, tandis que le fils à moitié fou administrait les biens (διεχείριζε τὴν οὐσίαν). Ces différents textes laissent supposer que la femme peut emprunter, prêter, vendre, en un mot, qu'elle a la capacité civile et que, par suite, la loi dont parle Isée et qui restreint son droit de contracter dans de si étroites limites, était tombée en désuétude[3]. Desjardins, qui enseigne cette opinion, reconnaît toutefois qu'en fait, la femme devait peu profiter de sa capacité, d'abord à cause des dispositions prises pour qu'elle fût rarement propriétaire, ensuite à cause de la rigueur des mœurs qui ne lui permettait pas de se produire en public. C'est ainsi que le prêt de la femme de Polyeucte est fait à son gendre, et qu'Aristophane parle des emprunts

(1) Démosthène, *C. Spudiam*, § 9 : ἦν μὲν γὰρ τὸ ἀργύριον παρὰ τῆς Πολυεύκτου δεδανεισμένος γυναικὸς, γράμματα δ'ἔστιν ἃ κατέλιπε ἀποθνήσκουσα ἐκείνη· μάρτυρες δ'οἱ τῆς γυναικὸς ἀδελφοὶ παρόντες ἅπασι καὶ καθ' ἕκαστον ἐπερωτῶντες ἵνα μηδὲν δυσχερὲς ἡμῖν εἴη πρὸς ἀλλήλους.

(2) *C. Timarch.*, §§ 170, 171.

(3) Desjardins, p. 615, 617, 618. Cet auteur ajoute que la femme peut faire le commerce sur l'agora et que celui qui reproche aux citoyens ou aux citoyennes d'exercer cette profession est soumis à une action de κακηγορία. Cependant, dit-il, les marchandes publiques sont vues de mauvais œil, et la loi ne permet pas de condamner un homme pour adultère quand il a eu commerce avec une courtisane ou une femme mariée « ayant boutique ou vendant publiquement sur l'agora. » (V. *supra*, t. I, p. 236, note 3). On pourrait également citer en ce sens l'exemple de deux femmes qui paraissent avoir donné leur consentement à l'adoption de leur fils (Isée, *De Apollod. her.*, § 14 ; Démosthène, *C. Boeot.*, II, § 10). Mais il est certain que la démarche de l'adoptant vis-à-vis de ces mères n'a pu être qu'un acte de courtoisie et que l'adopté, s'il est majeur, n'a besoin d'aucune autorisation pour se faire adopter. V. *supra*, p. 49-50.

que les femmes se font entre elles. La femme ne sortait donc pas ordinairement de son sexe ou de sa famille.

Nous estimons, au contraire, que le principe, en ce qui concerne la femme, est toujours resté celui que nous signale la loi d'Isée et que, à moins d'être assistée de son kyrios, elle est incapable de contracter au-delà des limites posées par cette loi [1]. Les textes que l'on allègue en sens contraire ne sont, à notre avis, nullement décisifs. Ainsi d'abord il nous paraît difficile d'argumenter des divers passages d'Aristophane où le comique relève manifestement des faits exceptionnels, abusifs et qui d'ailleurs n'ont pas une grande importance. Quant au plaidoyer d'Eschine, on ne peut guère attribuer d'importance à certaines phrases vraisemblablement diffamatoires et qui, en outre, se contredisent. On ne voit pas, en effet, comment la mère aurait pu administrer une fortune qui, d'après l'orateur lui-même était entre les mains de son fils (ὀρφανὸς ἡμιμανὴς διεχείριζε τὴν οὐσίαν). Si la mère est qualifiée de ἡγεμὼν τῆς οἰκίας, cela signifie simplement qu'elle dirige le ménage. Le plaidoyer de Démosthène contre Spoudias paraît, il est vrai, fournir un argument plus sérieux. La femme de Polyeucte y figure comme agissant seule, sans qu'il soit fait mention de son kyrios. Mais ce n'est là qu'une apparence. L'orateur a dû s'exprimer d'une manière trop concise, ce qui ne présentait du reste aucun inconvénient pour ses auditeurs au courant de la question, et le prêt a dû être consenti avec l'assistance du kyrios. Ce qui résulte simplement du texte, c'est que l'argent a été emprunté à la caisse de la femme de Polyeucte (παρὰ τῆς Πολυεύκτου δε-

(1) Ciccotti (p. 107) va jusqu'à dire que « juridiquement la femme ne peut exercer ni avoir de droits, qu'elle est simplement une partie de son κύριος, que civilement la femme n'est pas sujet de droit. » Mais c'est là une erreur. La femme athénienne peut parfaitement être sujet de droit. Ainsi c'est bien sur sa tête que réside la propriété des biens qu'elle peut acquérir de diverses manières ; c'est elle qui hérite personnellement, sauf, le cas échéant, l'application du droit de l'épiclérat., Cf. Hruza, I, p. 22, note 12.

δανεισμένος γυναικός). Mais dans quelles conditions? Si le texte ne le dit pas, il le laisse du moins supposer : c'est avec l'assistance du tuteur. Il faut observer, en effet, que l'orateur prend soin de signaler la présence à l'acte des frères de la femme, de nous dire qu'ils ont assisté à tout et qu'ils se sont informés de tout. Les frères ne sont point ici simplement des témoins, surtout si l'on se rappelle qu'il avait été dressé un écrit pour constater le prêt, et leur présence ne peut guère s'expliquer qu'en leur supposant la qualité de kyrios venant assister leur sœur. Le plaidoyer de Démosthène fournit plutôt, en définitive, un argument à l'appui de la thèse restrictive de la capacité de la femme. Nous restons ainsi en présence de la loi d'Isée, dont rien ne vient ébranler l'autorité. Il y a d'autant moins lieu de croire que cette loi était tombée en désuétude, qu'elle est mentionnée par deux auteurs relativement récents, Dion Chrysostome et Harpocration [1], qui nous en parlent comme d'une règle toujours en vigueur dans le droit classique d'Athènes [2].

La femme ne peut donc consentir seule que des aliénations de peu d'importance. La loi redoute les fraudes dont elle pourrait être la victime dans des actes plus considérables. Si elle l'autorise à agir seule dans les limites indiquées par Isée, c'est pour des raisons de nécessité pratique, pour ne pas entraver les opérations journalières commandées par la tenue du ménage, et aussi parce que les aliénations peu importantes sont considérées comme des actes d'admi-

(1) Le scholiaste d'Aristophane (*Eccles.*, v. 1024) dit également : νόμος ἦν ταῖς γυναιξὶ μὴ ἐξεῖναι ὑπὲρ μέδιμνον τι συναλλάσειν.

(2) Cf. Hermann-Thalheim, (3e éd.) p. 8 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 564 ; Schulthess, p. 102; Cicotti, p. 107, 108; Van den Es, p. 158 à 161; Platner, *Process*, t. II, p. 274 ; Hruza, I, p. 51 ; Lewy, p. 15 ; Caillemer, *Revue de législ.*, 1873, p. 6 ; Gide, p. 74 ; Foucart, *Mémoire sur l'affranchissement des esclaves* in *Archives des missions scientifiques et littéraires*, 2e série, t. III, p. 378. On peut également alléguer en ce sens l'autorité de Cicéron qui, dans son discours *pro Flacco*, c. 30, dit en parlant de la vente d'un immeuble par une femme : « Tutor his rebus Græcorum legibus adscribendus fuit. »

nistration. Aussi en concluons-nous que la femme peut procéder seule aux actes ayant un caractère d'administration, quelle que soit l'étendue de l'intérêt engagé, pourvu qu'ils n'entraînent pas aliénation au delà de la valeur d'un médimne d'orge. La femme peut ainsi exploiter elle-même ses domaines, toucher ses revenus, se faire consentir une hypothèque, etc. Mais pour toute autre opération constituant un acte de disposition au-delà de la valeur précitée, la femme ne peut y consentir valablement que si elle est autorisée par son kyrios.

Cette autorisation est nécessaire notamment pour les achats et ventes. Il n'existe pas, il est vrai, de monument consacrant cette solution pour l'ancien droit attique. Mais on en rencontre pour d'autres cités grecques où l'incapacité de la femme devait avoir le même caractère qu'à Athènes. C'est ainsi que le registre des ventes immobilières de Ténos mentionne plusieurs fois l'assistance du kyrios lorsque c'est une femme qui procède à la vente où à l'achat [1]. Les papyrus égyptiens, qui nous ont conservé des actes passés sous l'empire du droit grec, parlent également de l'assistance du kyrios lorsque la femme vend ou achète [2].

La règle concernant l'assistance du kyrios en cas de vente ne comporte-t-elle pas une exception en cas d'affran-

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 64 et s. Ainsi, au § 7, il est dit : ἅ ἐπρίατο 'Αμφίκλω μετὰ κυρίου Δ... μάχου παρ' 'Αξιονίκης καὶ κυρίου Πεισικράτους. Cf. §§ 12, 13, 20, 31, 36, 38, 39, 40, 41, 47. Le kyrios est, dans le registre de Ténos, le père, le frère, le fils ou même le petit-fils. Il est vrai qu'aux §§ 24 et 28, Amphylis et Timothéa paraissent agir seules, sans l'assistance de leur kyrios, mais c'est que le texte se réfère à des ventes antérieures pour lesquelles il était inutile de mentionner l'accomplissement des formalités requises.

(2) Un papyrus de l'an 104 av. J.-C. mentionne une vente consentie par deux femmes « cum tutore ipsarum Pinonthe una cum iis vendente, μετὰ τοῦ κυρίου τοῦ συναποδομένου. » Cf. Leemanns, *Papyri græci Mus. Lugd. Bat.*, I, p. 414 ; Lewy, p. 17. Un autre papyrus du règne d'Antonin le Pieux nous montre une femme achetant un immeuble avec l'assistance de son kyrios, μετὰ κυρίου. *Notices et extraits des manuscrits de la Bibliothèque impériale*, t. XVIII, 2e p. p. 230; Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 22 ; Lewy, p. 18.

chissement d'esclaves sous forme de vente à la divinité, mode d'affranchissement que l'on rencontre en dehors d'Athènes dans plusieurs villes où existaient des temples célèbres, et surtout à Delphes où se trouvait le sanctuaire d'Apollon Pythien? C'est principalement à propos des inscriptions recueillies à Delphes que la question s'est posée, car un grand nombre de ces inscriptions mentionnent des exemples de femmes vendant ainsi leur esclave à la divinité directement et en leur propre nom, sans l'assistance du kyrios dont la loi athénienne exige l'intervention. Ces femmes déclarent avoir reçu le prix de la vente, stipulent les conditions auxquelles l'esclave est cédé au dieu ou les restrictions apportées à sa liberté, énoncent les personnes à qui il devra, dans certains cas, payer une somme d'argent, en un mot, elles paraissent disposer absolument et sans contrôle de leur propriété. De plus, lorsque la vente en question donne lieu à une action civile, c'est la responsabilité de la femme elle-même qui se trouve engagée [1].

Comment expliquer cette particularité relative aux affranchissements sous forme de vente? Foucart [2] y voit une exception au droit commun et la motive par la forme même de ces affranchissements. « Ce fut, dit-il, à l'origine une offrande réelle à la divinité et, pour cet acte de piété, la femme n'avait pas besoin de l'autorisation d'un tuteur. Quand l'offrande ne fut plus qu'une vente déguisée, on conserva encore la forme de la consécration, et avec cette forme religieuse subsista pour la femme le droit d'agir en son propre nom. » Lewy [3] estime également que la capacité plus étendue de la femme en matière d'affranchissement se justifie par le caractère de cet acte, attendu qu'originaire-

(1) Foucart, *Mémoire sur l'affranchissement des esclaves*, *loc. cit.*, p. 379; Wescher et Foucart, *Inscriptions recueillies à Delphes*, nos 36, 37, 60, 202, 203, 251, 260 et s.

(2) *Loc. cit.*

(3) P. 22 et s.

ment l'esclave ne pouvait être affranchi que par voie de consécration à quelque dieu, en devenant ainsi hiérodule. Or la femme, suivant cet auteur, pouvait procéder seule à cette consécration, comme à toute autre offrande religieuse [1]. Cette explication ne nous paraît point satisfaisante. Si en effet, l'exception au droit commun devait se justifier uniquement par le caractère religieux de la cérémonie, la dispense d'autorisation du kyrios aurait dû être admise également dans d'autres villes où était pareillement usitée la forme religieuse d'affranchissement; or, on voit, au contraire, qu'en Béotie la femme devait dans tous ses actes, même dans les affranchissements sous forme de consécration, être assistée d'un homme qui, s'il n'était pas un kyrios véritable, jouait du moins un rôle analogue [2]. De plus, le point de départ même de cette théorie, à savoir que la femme a capacité pour faire seule des offrandes à la divinité [3], est fort contestable. Tout en étant associée au culte de son mari, du moins ainsi qu'on l'admet généralement, elle n'en a pas la direction, et précisément la seule inscription qui nous soit parvenue à ce sujet mentionne l'assistance du kyrios de la femme lorsque celle-ci procède à une semblable offrande [4]. Abstraction faite de l'idée religieuse qui avait fini, du reste, par perdre de son importance quand la cérémonie dégénèra en simple formalité, on ne voit pas la rai-

(1) Lewy (p. 25) cite à l'appui de sa théorie deux inscriptions de Calymna, île dorienne, où des femmes procèdent à un affranchissement sans l'assistance de leur tuteur. V. *Journal of hell. stud.*, II, p. 362 ; *Bulletin* 1884, p. 44. Deux autres inscriptions de Dodone ne mentionnent pas non plus cette assistance. V. Bezzenberger, *Beitræge*, III, p. 272 et s. ; Dittenberger, *Sylloge*, p. 632.

(2) Cf. Larfeld, *Sylloge inscriptionum Bœoticarum*, n° 31 ; Hermann-Thalheim, p. 11, note 2.

(3) V. en ce sens Lewy, p. 21, 22. Cf. sur les offrandes religieuses, Schœmann-Galuski, t. II, p. 268 et s. ; Homolle, *in* Daremberg et Saglio, v° *Donarium*.

(4) Inscription de Mylasa, *Bulletin*, 1881, p. 39 : 'Αρτεμισία Παμφίλου ἱέρηα Νεμέσεως μετὰ κυρίου τοῦ ἀνδρὸς Μενίππου τοῦ Μίλανος ἱερέως Πειθοῦς ἀνέθηκεν τότε βῆμα καὶ τὸ ἄγαλμα καὶ τὰ σὺν αὐτῷ Νεμέσει καὶ τῷ δήμῳ.

son pour laquelle le législateur aurait cessé de protéger la femme contre une aliénation d'esclave qui pouvait parfois diminuer son patrimoine d'une manière sensible [1], alors qu'il lui interdisait de consentir seule à la vente d'un objet mobilier de la valeur de quelques drachmes seulement.

Caillemer [2] propose, en conséquence, une autre opinion. Il enseigne que l'anomalie prétendue n'existe pas et que la femme, pour la vente de ses esclaves au dieu de Delphes, comme pour les autres actes de la vie civile, était soumise à la nécessité de l'autorisation. Il explique le silence des actes relativement à cette obligation en disant qu'elle était si naturelle qu'on a pu juger inutile de mentionner le concours du kyrios, de même qu'on omettait le plus souvent de rappeler les formalités solennelles suivant lesquelles la liberté était donnée à l'esclave. Certaines inscriptions mentionnent d'ailleurs l'assistance du mari, du fils, ou du père [3], personnes qui pouvaient avoir la qualité de kyrios et qui devaient en remplir les fonctions dans l'acte. Caillemer ajoute que l'autorisation pouvait être non seulement expresse, mais encore tacite et que, dans les inscriptions portant que le mari ou tout autre parent très rapproché de la femme ratifie la vente [4], il ne peut y avoir aucune incertitude sur l'assentiment donné par le kyrios. Il faut également voir l'intervention du kyrios dans les inscriptions constatant que les garants de la vente faite par la femme sont intervenus sur l'ordre du mari [5]. Enfin, dans les autres cas, l'autorisation résulterait, dans cette théorie, soit de la présence, non mentionnée dans l'acte, du mari ou du kyrios,

(1) La valeur d'un esclave était, d'après les inscriptions de Delphes, de cinq à six mines en moyenne, Cf. Caillemer, *Revue de législ.*, 1873, p. 8.

(2) *Loc. cit.*, p. 9 et s.

(3) *Corp. inscr. græc.*, t. I, p. 781, n° 1608, b, d, e.

(4) Wescher et Foucart, n° 31 : συνευδοκέοντος τοῦ ἀνδρος αὐτᾶς.

(5) Wescher et Foucart, nos 120 et 236.

soit d'une pièce quelconque établissant que la femme était habilitée à vendre son esclave.

Cette explication, selon nous, prête à la critique sur plusieurs points. Il est d'abord assez difficile d'admettre que les inscriptions aient négligé de signaler le concours du kyrios : s'il avait été réellement exigé [1], rien n'aurait été plus simple que l'addition de deux ou trois mots (μετὰ κυρίου), alors surtout que les inscriptions mentionnent l'assistance d'autres personnes dont la présence à l'acte n'offre point un intérêt juridique plus considérable. Quant aux inscriptions citées par Caillemer et qui, suivant cet auteur, mentionneraient l'assistance ou l'autorisation tacite du kyrios, elles n'ont point, à notre avis, le sens qu'on veut leur attribuer. Il ne suffisait pas, en effet, non point peut-être pour la validité, mais pour la stabilité de l'affranchissement sous forme de vente, de la déclaration du possesseur actuel, vendeur apparent de l'esclave. On y adjoignait l'approbation de ceux qui un jour pouvaient avoir des droits sur cet esclave, et qui s'engageaient, avec le vendeur, à respecter et à faire respecter la vente. C'est de ces personnes que les inscriptions parlent en disant συνεπαινέοντος, συνευδοκέοντος, expressions qui signifient « d'accord avec le vendeur, un tel a trouvé bon, a approuvé ». Si l'on peut être tenté de voir dans cette intervention une autorisation, lorsqu'il s'agit d'une vente faite par une femme mariée « d'accord avec son mari » [2], on ne saurait évidemment lui attribuer le même caractère quand cette approbation provient soit de la femme, dans le cas de vente faite par le mari, soit des fils ou des filles, dans le cas de vente faite par leur père ou

(1) Cette omission pourrait à la rigueur s'expliquer, si nous ne possédions que quelques inscriptions. Mais il nous en est parvenu un grand nombre et aucune cependant ne parle du kyrios. Au contraire, sur plusieurs centaines d'actes qui nous sont connus, aucun n'omet de mentionner la présence du garant de la vente nommé βεβαιωτήρ.

(2) Cf. Wescher et Foucart, nos 31, 32, 92, 236, 267.

mère, soit même d'enfants en bas âge qui sont manifestement incapables de donner une autorisation. On ne saurait donc prétendre qu'il s'agisse ici de l'autorisation d'un kyrios ; l'approbation de ces personnes n'est qu'une garantie, une renonciation aux droits qu'elles pourraient avoir plus tard sur l'esclave comme héritières du vendeur [1].

Si nous renonçons ainsi à voir dans les inscriptions de Delphes soit une exception au droit commun motivée par le caractère religieux de l'acte, soit l'application pure et simple du droit commun, on ne peut guère les expliquer qu'en supposant qu'à Delphes, comme dans plusieurs autres Etats doriens ou éoliens, la condition de la femme était supérieure à celle qu'elle avait à Athènes [2], ainsi qu'en témoignent d'autres inscriptions delphiennes mentionnant également des actes d'affranchissement [3].

Ce n'est pas seulement l'aliénation en pleine propriété qui est interdite à la femme sans l'assistance de son kyrios, mais encore la constitution des droits réels sur ses biens, droits de gage ou d'hypothèque. Nous ne possédons, sans doute, sur ce point que des documents étrangers au droit attique [4], mais il n'y a pas de raison pour refuser d'appli-

(1) Foucart, *Mémoire* précité, p. 381 et s.

(2) Cf. en ce sens Perrot, *Revue critique d'histoire et de littérature*, t. IV, 1867, p. 36. Nous observerons que deux des inscriptions citées par Lewy (*supra*, p. 358, note 1), celles de Calymna, viennent d'un pays dorien.

(3) Ainsi les inscriptions citées par Wescher et Foucart, nos 31, 32 et 341, semblent démontrer que la femme avait, pendant le mariage, des biens propres avec la faculté d'en disposer. Dans l'inscription, no 67, la femme donne son approbation à une vente faite par le mari. Les inscriptions nos 82, 177, 218, 352, laissent supposer que la fille venait à la succession paternelle en concours avec son frère. Cf. Hermann-Thalheim, p. 11, note 1; Anthes, p. 16.

(4) Inscription d'Amorgos (Ægialé) *in Bulletin*, 1889, p. 344, no 2 et *in* Dareste, Haussoullier et Reinach, p. 118, no 65 : ὅρος οἰκιῶν καὶ κήπου ὧν κατέθηκεν Ἀντήνωρ Κλευδίκου Πασαρίστῃ Εὐαγόρου μετὰ κυρίου Σάμωνος ἀργυρίου δραχμῶν ἐνενήκοντα. Inscription de Délos concernant les comptes des hiéropes du temple d'Apollon Délien, *in Bulletin*, VI, 26, no 217 : ἐδανείσαμεν τῇ δεῖνι μετὰ κυρίου Θεσσάλου, τοῦ ἱεροῦ ἀργυρίου ἐπὶ ὑποθήκῃ τοῖς χωρίοις τοῖς ἐν Ξινοῦντι.

quer à Athènes une solution qui était admise dans d'autres villes grecques, comme à Amorgos et à Délos [1].

La femme, incapable de consentir seule un contrat de vente (sauf peut-être dans le cas précité d'affranchissement), est également incapable de figurer dans un contrat de louage sans son kyrios. Cette solution découle de la prohibition générale de συμβάλλειν, édictée par la loi d'Isée [2].

Le contrat de prêt ne peut non plus être consenti par la femme sans l'autorisation du kyrios. C'est ici, il est vrai, qu'on pourrait le plus contester la nécessité de cette autorisation, en argumentant spécialement du plaidoyer de Démosthène contre Spoudias [3]. Mais il est à présumer, comme nous l'avons établi, que le prêt avait été consenti par une femme autorisée. On pourrait encore prétendre, en rapprochant le plaidoyer en question de certains passages d'Aristophane [4], que le contrat de prêt pouvait exceptionnellement être permis à la femme, parce qu'il engendrait une action à son profit sans en créer contre elle [5]. Mais cette objection est sans valeur, car le contrat de prêt suppose une aliénation de la part de la femme, et toute aliénation lui est interdite en principe. D'autre part, comme nous venons de le dire, en parlant du contrat de louage, la loi interdit à la femme de συμβάλλειν, or c'est là une expression qui s'applique à tout contrat, quel qu'en puisse être l'objet [6]. Cette solution nous paraît d'autant plus certaine que les renseignements qui nous sont parvenus sur le droit d'autres cités nous montrent des prêts consentis par la femme avec l'assistance de son mari [7].

(1) Hitzig, p. 32.

(2) Cf. Lewy, p. 7, qui cite en ce sens une inscription d'une ville de Carie.

(3) § 9. V. *supra*, p. 353, note 1.

(4) *Thesmophor.*, v. 839 et s. ; *Eccles.*, v. 446.

(5) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 564, note 237 ; Ciccotti, p. 107, 108.

(6) Schulthess, p. 103, 104.

(7) Ainsi dans le contrat de prêt d'Orchomène, Nicaréta apparaît assistée de son kyrios (qui est ici son mari), qu'il s'agisse de prêter ou de renouveler un

L'autorisation du tuteur est aussi nécessaire à la femme pour emprunter que pour prêter, et pour l'emprunt, pas plus que pour le prêt, on ne peut alléguer en faveur de la capacité de la femme les passages précités d'Aristophane [1].

La femme ne peut non plus s'engager comme caution. C'est ainsi que, dans les nombreux actes d'affranchissement de Delphes, et qui font cependant à la femme une situation privilégiée en la dispensant pour ces actes de l'autorisation de son tuteur, du moins à notre avis, aucune ne joue le rôle de βεβαιωτήρ, ou garant de l'affranchissement. Ce rôle est toujours rempli par des hommes [2]. De même, dans le registre des ventes immobilières de Ténos, on ne voit figurer aucune femme parmi les garants de la vente, πρατῆρες καὶ βεβαιωταί [3]. Faut-il en conclure que la femme est absolument incapable d'intercéder pour autrui et que le droit grec a édicté à cet égard une incapacité semblable à celle que prononçait le sénatus-consulte Velleien, pour protéger la femme contre son inexpérience [4]. Il est difficile de l'admettre sans preuve plus convaincante, d'autant plus qu'un papyrus gréco-égyptien [5] antérieur à l'ère chrétienne signale un cas de cautionnement par une femme, et probablement avec

contrat de prêt. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 280, n° 6, 284, n° 7 et 295. Cf. Hruza, I, p. 52, note 10. Il faut reconnaître, du reste, que si dans aucun contrat consenti par elle sans autorisation la femme n'est obligée, elle a néanmoins contre son cocontractant une action à l'effet d'obtenir la restitution de la prestation qu'elle a pu fournir. C'est ainsi qu'en cas de prêt non autorisé, la femme peut agir en restitution des deniers prêtés. Cf. art. 1125 al. 2, C. civ.

(1) Dans le papyrus VII de la collection de la Bibliothèque impériale (*Notices et extraits*, p. 171), un prêt de blé, même sans intérêts, est consenti a Asclépias, fille de Panas, avec l'assistance de son tuteur Harpaesis. Cf. Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 11 et s. — Il faut admettre qu'en cas d'emprunt effectué par une femme non autorisée, celle-ci ne saurait, sur la demande en nullité du prêteur, être tenue que *quatenus locupletior facta est*.

(2) Cf. Lewy, p. 20 ; Hermann-Thalheim, p. 11, note 1.

(3) Cf. Dareste Haussoulier et Reinach, p. 63 et s., p. 97.

(4) L. 2, § 2, D. *Ad senat. Vell.*, XVI, 1 : Opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem

(5) Cf. Peyron, *Papiri Greco-egizi di Zoïde*, Turin, 1828.

l'assistance de son tuteur. Il y a donc lieu de supposer que le cautionnement était soumis à la règle générale et que la femme pouvait le consentir avec l'autorisation de son kyrios [1] [2].

L'incapacité de contracter, συμβάλλειν, qui frappe la femme, entraîne enfin pour elle l'incapacité de tester, car dans le droit attique les testaments sont compris parmi les συμβόλαια [3]. On a cependant prétendu que la femme pouvait tout au moins faire des legs, et on a voulu en trouver deux exemples dans les plaidoyers de Démosthène [4]. Ainsi d'abord dans le plaidoyer contre Spoudias il est question de γράμματα trouvés dans la succession de la femme de Polyeucte, et ces écrits, dit-on, ne sont autre chose qu'un testament laissé par celle-ci [5]. Dans le plaidoyer de Phormion contre Apollodore, il est également question d'une somme de 2000 drachmes qu'Archippé, veuve du banquier Pasion, et qui avait épousé en secondes noces Phormion, aurait laissée par testament à certains de ses enfants [6].

(1) Lewy, p. 21.

(2) Les femmes pouvaient faire partie des collèges d'éranistes. Il est probable, bien que les textes que nous possédions à ce sujet ne paraissent pas exiger cette condition (Cf. Caillemer, *Contrat de société*, p. 14), que l'autorisation du tuteur était requise pour cette association comme pour tout autre contrat.

(3) Cf. Isée, *De Nicostr. her.*, § 12; Platon, *Leges*, p. 922 b. — Il ne faut point toutefois conclure du texte précité d'Isée que les Athéniens aient considéré les testaments comme des contrats. Cf. Bunsen, *De jure her. Ath.*, p. 53. Le mot συμβόλαιον a, en effet, dans le droit attique, un sens large, et désigne tout acte juridique. Cf. Schulin, p. 8; Schulthess, p. 104; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 595, note 297.

(4) Bunsen, p, 56, 57; Gans, *Erbrecht*, I, p. 329; Schneider, *De jur. her.*, p. 35.

(5) Démosthène, *C. Spudiam*, § 9 : ἦν μὲν γὰρ τὸ ἀργύριον παρὰ τῆς Πολυεύκτου δεδανεισμένος γυναικός, γράμματα δ' ἔστιν ἃ κατέλιπεν ἀποθνήσκουσα ἐκείνη. § 21 : ταυτὶ γὰρ τὰ γράμματα κατέλιπε ἡ Πολυεύκτου γυνή, καθάπερ εἶπον ὀλίγω πρότερον· ὁμολογουμένων δὲ τῶν σημείων καὶ παρὰ τῆς ἐμῆς, ἀμφότεροι παρόντες ἀνοίξαντες... ἐνῆσαν μὲν γὰρ αἱ δύο μναῖ... ἐνῆσαν δ' αἱ χίλιαι καὶ ὀκτακόσιαι δραχμαί.

(6) Démosthène, *Pro Phormione*, § 14 : ὃν μὲν τοίνυν χρόνον ἡ μήτηρ ἔζη, ἡ πάντ' ἀκριβῶς ταῦτ' εἰδυῖα, οὐδεν ἔγκλημα πώποτ' ἐποιήσατο πρὸς τουτονὶ Φορ-

Ces passages ne prouvent nullement, à notre avis, que la femme ait eu la capacité de faire des legs. En ce qui concerne d'abord les écrits trouvés dans la succession de la femme de Polyeucte, il est facile de se rendre compte de leur nature, quand on voit qu'ils se réfèrent non seulement aux 1800 drachmes prêtées par cette femme mais encore aux deux mines dont Spoudias est créancier. Les γράμματα dont parle l'orateur sont donc des titres de créance qui se trouvaient en la possession de la femme de Polyeucte et non un testament laissé par celle-ci. Quant au plaidoyer de Phormion, on ne peut y rencontrer davantage un cas de legs fait par une femme. Il faut voir, en effet, dans les 2000 drachmes données par Archippé non point une disposition testamentaire faite par celle-ci en faveur des enfants d'Apollodore [1], mais un avantage entre vifs consenti par elle en faveur des enfants qu'elle avait eus avec Phormion et excédant la part qui leur reviendrait plus tard dans sa succession [2]. Rien n'oblige donc à dire qu'il s'agissait d'un legs, d'autant plus que l'expression employée par l'orateur, ἔδωκεν, se réfère plutôt à une donation entre-vifs qu'à une dis-

μίωνα Ἀπολλόδωρος ὡς δ'ἐτελεύτησεν ἐκείνη, τρισχιλίας ἐγκαλέσας ἀργυρίου δραχμὰς πρὸς αἷς ἔδωκεν ἐκείνη δισχιλίαις τοῖς τούτου παιδίοις.

(1) Caillemer (*Droit de tester*, p. 24) part de cette idée que le legs de 2.000 drachmes a été fait par Archippé aux enfants d'Apollodore Cf. en ce sens Schæfer, *loc. cit.*, *Beilægen*, p.132; Hermann-Thalheim, p.71, note 3. Mais cette interprétation est inexacte à notre avis. S'il s'agissait des enfants d'Apollodore, le texte porterait τοῖς αὐτοῦ παιδίοις et non τοῖς τούτου παιδίοις. Τούτου ne peut évidemment s'appliquer qu'a Phormion dont il vient d'être parlé une ligne auparavant. — Caillemer, qui n'admet pas, du reste, que la femme ait la faculté de tester, explique alors le passage en question en disant qu'il ne s'agissait point ici d'une volonté obligatoire, qu'Archippé exprimait un vœu, et priait ses héritiers de remettre à des personnes au milieu desquelles sa vie s'était terminée une somme d'argent à titre de souvenir.

(2) Archippé, qui avait eu deux enfants de Pasion, son premier mari, laissait deux autres enfants de son mariage avec Phormion. La dot qu'elle avait reçue de Pasion s'élevant à 20.000 drachmes, sans compter le trousseau et les servantes, Apollodore soutenait que chacun des quatre enfants avait droit à une part égale, c'est-à-dire à 5.000 drachmes. Il réclamait, en conséquence, 3.000

position de dernière volonté. Au surplus, à supposer même qu'il se soit agi d'un legs par Archippé, la suite du plaidoyer montre qu'il n'a été reconnu ni par les arbitres, ni par les parties et que chacun des enfants d'Archippé a obtenu une part égale dans la succession maternelle [1].

La femme peut toutefois pour le testament, comme pour tout autre acte juridique, être relevée de son incapacité par l'assistance de son kyrios. C'est du moins ce que l'on peut induire du testament d'une femme de Théra, nommée Epictéta. La testatrice, qui, du reste, n'use de son droit de disposition que dans d'étroites limites, s'est munie de l'assentiment préalable de sa fille, qui est son unique héritière et y a joint l'autorisation de son gendre, qui est en même temps son kyrios [2]. Il faut remarquer aussi qu'Epictéta se croit obligée de déclarer que son testament a pour but d'exécuter une recommandation de son mari et de l'un de ses fils, décédés tous les deux [3].

L'incapacité de tester, dont est frappée la femme athénienne ne paraît pas avoir été admise dans toute la Grèce, et nous possédons des documents qui nous montrent que, dans d'autres cités, la femme pouvait tester seule [4].

Il nous reste à parler de certains actes de donations soit entre-vifs, soit testamentaires, consentis par la femme sans

drachmes qui se trouvaient en la possession de Phormion, plus les 2.000 drachmes que de son vivant Archippé avait données en trop aux enfants de son second lit. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p, 167, note 8 ; Schulin, *Das griechische Testament*, p. 11. Dareste, qui expose très bien la situation d'Archippé, croit cependant, à tort suivant nous, qu'Archippé avait donné les 2.000 drachmes par testament.

(1) Hermann-Thalheim, p. 71, note 3; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 591, note 290; Schulin, p. 11; Guiraud, p. 250.

(2) Cauer, *Delectus*, p. 77 et s.

(3) Cf. Schulin, p. 48; Guiraud, p. 250.

(4) Dans un testatement de Kalauria, ile voisine d'Egine, la femme teste vraisemblablement sans l'assistance de son tuteur, car si celui-ci avait coopéré à l'acte, on n'aurait pas manqué d'en faire mention. Cauer, *Delectus* p. 30; Schulin, p. 43. Une inscription de Pétilia, ville dorienne, nous montre éga-

que le nom du kyrios y figure, et d'où l'on a voulu induire une règle générale qui viendrait restreindre à un certain point de vue l'incapacité de la femme. Ainsi d'abord Lysias parle d'une Athénienne qui, ayant un mauvais fils, confia à un étranger le soin de l'ensevelir et lui donna à cet effet trois mines d'argent [1]. On voit, d'autre part, à Mégare, une femme, nommée Arétè, instituer une fondation afin de rehausser l'éclat d'un sacrifice annuel et des jeux qui l'accompagnaient, et il n'est en aucune façon fait allusion à son kyrios [2]. Dans des inscriptions du Péloponèse, une femme ou bien dispose d'une somme d'argent en vue de subvenir à certains frais du culte, ou bien offre aux prêtres d'Asclépios quelques pléthres de vignes, et dans aucun de ces cas il n'est fait mention des tuteurs [3]. Or, a-t-on dit, toutes ces libéralités présentent ce trait commun d'avoir été déterminées par un motif religieux. Au lieu de supposer que le concours du kyrios y a été sous-entendu, il est peut-être plus exact de dire que la loi reconnaissait aux femmes un pouvoir de disposition plus étendu quand la donation avait une destination religieuse. Elle a voulu probablement les soustraire à tout contrôle extérieur chaque fois qu'elles obéissaient à un sentiment de piété envers les dieux. Si l'existence de cette règle est principalement attestée par des textes d'une époque assez basse, l'exemple cité par Lysias prouve qu'elle était déjà en vigueur aux environs de l'année 400 [4].

Cette conclusion ne nous paraît cependant pas très sûre,

lement une femme testant sans l'assistance de son kyrios. Cauer, p. 99; Schulin, p. 44.

(1) Lysias, *Adv. Philon.*, § 21 : ἔδωκεν εἰς τὴν ἑαυτῆς ταφὴν τρεῖς μνᾶς ἀργυρίου. Il y avait peut-être là un don manuel. Mais ce pouvait être également un legs. Cf. Guiraud, p. 251.

(2) *Inscript. Græc. Sept.*, 43.

(3) Foucart, *Inscript. du Péloponèse*, nos 352 i et 352 j.

(4) Guiraud, p. 252.

du moins pour le droit attique. Il faut observer, en effet, que, dans le cas cité par Lysias, la somme de trois mines donnée par la femme constituait moins une libéralité que le remboursement des frais que le tiers allait se trouver obligé de faire pour que les funérailles de cette femme fussent accomplies suivant les rites. On peut dire également que si l'orateur a négligé de signaler la présence du kyrios, c'est parce qu'il la considérait comme obligatoire. Cette observation peut s'appliquer aux autres cas précités. Que si l'on ne veut pas expliquer de cette manière le silence des textes en question relativement à l'assistance du kyrios, il est plus sage, ainsi que nous l'avons dit à propos des inscriptions de Delphes [1], d'expliquer la dérogation au droit commun en supposant que la femme avait, dans les cités doriennes ou éoliennes auxquelles se réfèrent les inscriptions en question, une condition supérieure à celle qui lui était faite dans le droit attique [2].

Sans insister davantage sur l'incapacité de la femme de figurer dans un contrat dont l'objet excédait la valeur fixée par la loi d'Isée, nous avons maintenant à préciser les fonctions du kyrios, dont l'assistance est requise pour tous les actes de quelque importance. Dans le droit romain primitif, le tuteur des femmes gérait et autorisait, tandis qu'à l'époque de Gaius il se bornait à autoriser, mais la femme une fois parvenue à l'époque de la pleine maturité, c'est-à-dire à vingt-cinq ans, gérait elle-même ses biens [3].

Quelle est la solution admise dans le droit attique? La femme figure-t-elle elle-même dans les contrats qui l'intéressent, son kyrios se bornant à *præstare auctoritatem*, ou bien, au contraire, y est-elle représentée par lui? On peut, dans ce dernier sens, argumenter de la loi même qui édicte l'in-

(1) V. *supra*, p. 357 et s.
(2) V. *supra*, p. 361.
(3) Accarias, t. I, nº 165 ; May, t. I, nº 132.

capacité des femmes, et qui en leur interdisant de συμβάλλειν περὰ μεδίμνου κριθῶν, semble prohiber tout contrat consenti au-delà de cette limite aussi bien par la femme autorisée de son tuteur que par la femme seule [1]. La prohibition en question, lorsqu'elle est appliquée par la même loi aux impubères, a pour effet de conférer au tuteur de ces derniers, à l'ἐπίτροπος, le droit de les représenter. Il doit donc en être de même pour le tuteur de la femme pubère, pour le κύριος [2].

Cette interprétation littérale et rigoureuse de la loi d'Isée ne nous paraît pas admissible. Elle est démentie par la plupart des textes qui nous montrent soit à Athènes, soit dans d'autres cités, la femme figurant elle-même personnellement dans les contrats. Ainsi le plaidoyer de Démosthène [3] où il est question d'un prêt consenti à Spoudias par la femme de Polyeucte, nous montre celle-ci contractant elle-même, παρὰ τῆς Πολυεύκτου δεδανεισμένος γυναικὸς [4], et ses frères, qui sont vraisemblablement ses tuteurs, se bornent à assister au contrat en le confirmant par leur présence. De

(1) On pourrait aussi argumenter en ce sens de ce que, comme on l'admet généralement, le kyrios représente la femme en justice (V. *infra*, p. 372). Mais on comprend que la loi distingue entre la faculté de contracter et celle d'ester en justice. Ce n'est point à Athènes seulement que les mœurs auraient interdit à la femme de paraître devant les tribunaux, bien que capable de figurer dans un contrat.

(2) Cf. en ce sens : Gide, p. 75; Van den Es. p. 160-161; Cauvet, p. 450. D'après ce dernier auteur, le kyrios est investi de tous les pouvoirs qui appartiennent au tuteur d'un impubère. Il perçoit les revenus de la femme, la représente en justice et aliène valablement son mobilier; mais il ne peut disposer des immeubles sans l'autorisation de l'archonte. Même si le kyrios n'était point un des proches parents (père, frère ou grand-père), la femme n'avait point pour cela le pouvoir d'administrer ses biens. Le tuteur touchait ses revenus qu'il lui remettait ensuite.

(3) Démosthène, *C. Spudiam*, § 9.

(4) Il est impossible d'admettre avec Van den Es (p. 161) que ce soit seulement *breviloquentia* que l'orateur ait parlé d'un prêt consenti par la femme de Polyeucte alors qu'il l'aurait été en réalité par son kyrios.

même, les passages précités d'Aristophane [1], notamment celui où il accuse la mère d'Hyperbolos de prêter à usure, s'ils ne démontrent pas la capacité de la femme, attestent du moins que celle-ci contractait elle-même. C'est également ce qui résulte d'autres documents, étrangers sans doute à l'Attique, mais qui signalent des effets d'une institution commune à presque toute la Grèce, de la tutelle des femmes. Ainsi dans le registre des ventes immobilières de Ténos, c'est la femme qui apparaît comme vendant ou achetant elle-même avec son kyrios, μετὰ κυρίου [2]. Pareillement, dans le contrat de prêt d'Orchomène, c'est Nicaréta qui prête elle-même en présence de son kyrios, παρόντος αὐτῆς κυρίου [3]. De même enfin, dans les papyrus gréco-égyptiens on voit dans l'un [4] (papyrus nº VII), Séminouthis emprunter elle-même, mais avec l'assistance de son kyrios. Dans l'autre, le papyrus nº XVII, la femme stipule en personne, autorisée par son kyrios, mais en l'absence de celui-ci , et l'acte met même dans la bouche de la femme acquéreur cette phrase « Moi Thinsmepos, avec l'assistance de mon frère consanguin, mon kyrios, j'ai acheté ainsi qu'il est dit ci-dessus » [6]. Ces derniers textes mettent fin à la controverse, à supposer qu'elle ait jamais pu être sérieusement soulevée [7].

Le tuteur des femmes, à la différence du tuteur des impubères, n'a donc d'autres fonctions que de *præstare auctoritatem*. Aucune solennité ne semble d'ailleurs exigée à cet

(1) V. *supra*, p. 352.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 65 et s.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 280, nº VI, 284, nº VII.

(4) Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 11 et 22.

(5) *Notices et extraits*, p. 230 : ἐπρίατο Θινσμεπῶς... μετὰ κυρίου οὐ παρόντος.

(6) *Ibid* : μετὰ κυρίου τοῦ ὁμοπατρίου μοῦ ἀδελφοῦ... ἐώνημαι καθὼς πρόκειται.

(7) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 564; Mayer II, p. 550; Dareste, Haussoulier et Reinach, t. I, p. 91; Lewy, p. 6; Hermann-Thalheim, p. 8; Platner, *Process*, t. II, p. 274; Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 21; Hruza, I, p. 51, note 10; Hitzig, p. 31.

effet, et le consentement peut être expresse ou tacite. Les textes se bornent, en effet, à signaler la présence du kyrios à l'acte passé par la femme, sans exiger de lui aucune autorisation formelle [1]. Il suffit même, pour la validité de l'acte, que le tuteur n'y fasse point opposition, car l'acte peut être passé en son absence [2]. Le kyrios est, d'autre part, entièrement libre d'accorder ou de refuser son autorisation, et il ne semble pas qu'il y ait, comme en droit romain [3], de recours possible au magistrat contre le refus d'autorisation. Le seul remède en cas de refus injuste et préjudiciable est la γραφὴ κακώσεως, à supposer que les conditions requises pour l'exercice de cette action publique existent dans l'espèce.

Si, en principe, comme nous venons de l'établir, c'est la femme qui figure elle-même dans les actes juridiques où elle est intéressée, par exception, il est un acte, et c'est peut-être le plus important de l'existence de la femme, à savoir le mariage, où elle ne prend aucune part, car l'engyésis se conclut exclusivement, comme nous l'avons vu, entre le kyrios et le futur époux [4]. Peut-être aussi lorsque la femme possède des biens personnels, la constitution de ces biens en dot a-t-elle lieu par le tuteur seul, sans intervention de la femme [5].

Faut-il admettre une autre exception en ce qui concerne les actions en justice et dire que la femme est ici complètement représentée par son tuteur, sans qu'il y ait lieu de la mettre en cause ? Ou bien, au contraire, la femme plaide-t-elle elle-même avec l'assistance de son kyrios? Une scho-

(1) Les formules employées sont, en effet : ἡ δεῖνα καὶ ὁ κύριος — ἡ δεῖνα ἧς κύριος Α — ἡ δεῖνα μετὰ τοῦ κυρίου — ἡ δεῖνα παρόντος αὐτῇ τοῦ κυρίου. Cf. le registre des ventes immobilières de Ténos et le contrat de prêt d'Orchomène précités, p. 370.

(2) Papyrus, n° XVII, précité : μετὰ κυρίου οὐ παρόντος.

(3) A Rome, le préteur pouvait intervenir pour contraindre le tuteur à donner son *auctoritas*. Cf. Gaius, I, §§ 190 et s.

(4) V. *supra*, t. I, p. 133.

(5) V. *supra*, t. I, p. 259.

lie d'Aristophane [1] qui, comme nous l'avons vu [2], ne prouve point que le mari soit de plein droit le kyrios de sa femme, semble du moins établir que la femme peut figurer personnellement dans une instance et que son mari, à supposer qu'il soit investi de la tutelle, n'intervient que pour l'autoriser. On peut citer dans le même sens certains textes qui supposent la femme assignée personnellement, obtenant ou subissant elle-même la condamnation [3].

Nous estimons cependant que, lorsqu'il s'agit d'ester en justice, la femme, contrairement à ce qui a lieu lorsqu'il s'agit de contracter, est représentée par son kyrios, du moins dans les procès civils. Sans méconnaître la valeur de le scholie d'Aristophane, il faut, selon nous, ne pas en exagérer la portée, et tout ce que l'on peut en conclure, c'est que, dans les procès criminels, la femme figure elle-même dans l'instance assistée de son kyrios. C'est bien, en effet, ce que paraît indiquer l'exemple cité par le scholiaste, celui d'Aspasie qui, comme on sait, accusée d'impiété, a été

(1) *Equit.* 965 : οὕτω γὰρ προκαλεῖσθαι εἰώθασιν ἐν τῷ δικαστηρίῳ, ἡ δ.ἵνα καὶ ὁ κύριος τουτέστι ὁ ἀνὴρ... ἄλλως... κύριον δὲ λέγει τὸν ἄνδρα, οὕτω γὰρ ἐνεγράφοντο ἐν τοῖς δικαστηρίοις· 'Ασπασία καὶ κύριος τουτέστιν ὁ Περικλῆς.

(2) *Supra*, t. I, p. 220.

(3) Démosthène, *Adv. Macart.*, § 15 : οὗτοι προσεκαλέσαντο τὴν τουτουΐ μητέρα τὴν νενικηκυῖαν πρότερον ἐν τῷ δικαστηρίῳ. *Ibid*, § 31 : ὅτε ἐνίκησε Φυλομάχη ἡ Εὐβουλίδου θυγάτηρ τοῦ κλήρου τοῦ 'Αγνίου τοὺς ἀμφισβητοῦντας αὐτῇ πάντας. Isée, *De Hagn. her.*, § 3 : ἡ δ' Εὐβουλίδου θυγάτηρ... λαμβάνει νικήσασα τοὺς κατὰ τὴν διαθήκην ἀμφισβητήσαντας. Le registre des ventes immobilières de Ténos parle également d'un procès gagné par Anaxiclès contre Philothéa : περὶ ὧν ἐνίκησεν 'Αναξικλῆς Φιλοθέαν τὴν δίκην. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 70, § 13. De même, dans le contrat de prêt d'Orchomène, c'est Nicaréta qui paraît poursuivre elle-même la ville d'Orchomène en recouvrement de son prêt : ἐπιδεὶ παργενομένας Νικαρέτας Θίωνος Θεισπικᾶς κὴ πραττώσας τὸ δάνειον τὰν πόλιν. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 278, l. 44. Un peu plus loin, le même document dit que le contrat vaut titre même entre les mains de tout porteur se présentant au nom de Nicaréta : ἡ δὲ συγγραφὴ κυρία ἔστω κἂν ἄλλος ἐπιφέρῃ ὑπὲρ Νικαρέτας, ce qui laisse encore supposer que Nicaréta pourrait agir elle-même.

défendue par Périclès [1]. Mais dans les procès purement civils, où la condamnation ne peut plus atteindre la personne même de la femme, mais seulement ses biens, la présence de la femme au procès n'est plus exigée : c'est son kyrios [2] qui agit en son nom, soit comme demandeur, soit comme défendeur.

C'est ce que démontrent plusieurs textes des orateurs [3] où l'on voit le kyrios non point seulement assister la femme, mais la représenter, conduire lui-même le procès. Il y a notamment un texte de Démosthène qui pose en termes formels la règle que c'est au kyrios à plaider au nom de la femme δικάσασθαι ὑπὲρ τῆς γυναικὸς τῷ κυρίῳ [4]. Peu importe que, dans d'autres textes, on dise que c'est la femme qui est vaincue ou qui triomphe au procès. Cette manière de parler se comprend quand on réfléchit que l'action est for-

(1) Plutarque, *Périclès*, § 32.

(2) Desjardins, p. 619, tout en étant d'accord avec nous sur le fond, s'exprime autrement. Il faut, dit-il, qu'un tiers agisse ou défende pour la femme : ce sera tantôt son mari, tantôt celui qui l'a donnée en mariage, tantôt son fils, tantôt un étranger. Pour nous, c'est dans tous les cas le kyrios qui agit ou défend au nom de la femme. Quant au cas de représentation par un étranger que Desjardins prétend justifier en citant un passage des *Grenouilles* d'Aristophane (v. 575 et 585), où la cabaretière appelle Cléon afin qu'il agisse pour elle, il nous paraît inadmissible. On ne peut se fonder, pour l'établir, sur deux simples vers d'une comédie où quelquefois intentionnellement les règles de droit peuvent se trouver dénaturées.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 2 : κύριος Ξενοκλῆς κλήρου λαχεῖν τὴν λῆξιν ἠξίωσεν. *Ibid*, § 3 : ἀμφισβητούσης δὲ τῆς μητρὸς τῆς ἡμετέρας, ἀδελφῆς δὲ τοῦ Πύρρου, ὁ κύριος τῆς εἰληχυίας τοῦ κλήρου γυναικὸς ἐτόλμησε διαμαρτυρῆσαι. *Ibid*, § 3 : ὁ μὲν ἀνὴρ λαγχάνων ὑπὲρ τῆς γυναικὸς τῆς αὐτοῦ τοῦ κλήρου τοῦ πατρῴου. *De Apollod. her.*, § 43 : Προνάπης δὲ τί ὑπὲρ τῆς (γυναικὸς) ἀμφισβητούσης. *De Hagn. her.*, § 16 : οἱ δ' ὑπὲρ τῆς Εὐβουλίδου θυγατρὸς πράττοντες... καὶ οἱ κύριοι τῆς Ἁγνίου μητρὸς ἦσαν οἷοί τε πρὸς ἐμὲ ἀντιδικεῖν. On ne doit point cependant, comme on pourrait le croire d'après ce dernier texte, faire de différence entre ceux qui agissent pour la femme, οἱ πράττοντες ὑπὲρ γυναικός, et ses kyrioi, car quelques lignes plus bas, § 17, l'orateur se sert, pour désigner les kyrioi de la mère d'Hagnias, de la même expression : οἱ δ' ὑπὲρ τῆς Ἁγνίου μητρός. Cf. Isocrate, *Æginet.*, § 4 : τῶν πραττόντων ὑπὲρ αὐτῆς.

(4) Démosthène, *In Neær.*, § 52.

mée au nom de la femme et que c'est elle qui, en définitive, profite ou souffre des condamnations prononcées en sa faveur ou contre elle. Mais il n'en résulte nullement que la femme puisse ester en justice, même avec l'assistance de son kyrios. On peut encore en trouver la preuve dans ce texte de Grégoire de Corinthe aux termes duquel on doit donner à la femme un συνήγορος à cause de son inexpérience des lois [1], si l'on voit dans ce συνήγορος le tuteur de la femme [2].

Si la femme se trouve ainsi assimilée au mineur en ce qui concerne l'exercice des actions judiciaires qui lui compètent, et si cet exercice appartient exclusivement à son kyrios, il n'en résulte pas cependant qu'elle soit absolument incapable de figurer dans l'instance. D'abord, en effet, c'est en son nom que plaide le kyrios, de même que le tuteur plaide au nom de son pupille, en faisant connaître au début de l'instance la qualité en laquelle il s'agit [3]. D'autre part, la femme peut assister aux débats [4] et elle peut, comme le mineur, se voir adresser par ses adversaires des interrogations auxquelles l'archonte lui enjoint de répondre [5].

N'y a-t-il pas certains cas où la femme a, par exception, la faculté d'ester elle-même en justice sans l'assistance de son kyrios? On peut citer un premier cas, celui où il s'agit d'une marchande publique. Il semble alors, au témoignage d'Aris-

(1) Grégoire de Corinthe, *ad Hermog. method. eloquent.*, c. 21 : τῇ μὲν γυναικὶ δοτέον συνήγορον ἐπειδὴ ἄπειρος ἐστι νόμων. Cf. Lewy, p. 67.

(2) Cf. en ce sens Van den Es, p. 35 ; Gide, p. 74 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 748 ; Desjardins, p. 619 ; Lewy, p. 67. — Platon, dans son Traité des Lois (XI, 14) permet aux femmes, si elles ont plus de quarante ans, et si elles ne sont pas mariées, d'intenter une action en leur propre nom et de parler pour une partie.

(3) V. *supra*, p. 218.

(4) Ainsi dans le plaidoyer de Démosthène contre Néera, il est dit, au § 114 : ταύτῃ τῇ πόρνῃ, et au § 115 : Νέαιραν ταυτηνί, ce qui montre que Néera assiste aux débats.

(5) V. *supra*, p. 219.

tophane [1], que la femme ait le droit d'agir elle-même devant les agoranomes pourvu qu'elle soit assistée soit autre citoyen. C'est qu'en effet, comme l'observe Desjardins [2], il eût été difficile de refuser l'action quand on permettait le commerce. Au surplus, la procédure devant les agoranomes devait être assez expéditive et assez simple pour qu'on pût autoriser les femmes à la suivre elles-mêmes.

Le droit d'agir appartient-il également à la femme dans le cas où il y a opposition d'intérêts entre elle et son kyrios? Dans notre droit moderne, la loi exige alors la constitution d'un tuteur *ad hoc*, chargé de défendre les intérêts de l'incapable contre le tuteur ordinaire. La loi grecque ne paraît pas s'être occupée de cette hypothèse [3]. On doit conclure du silence qu'elle garde à ce sujet qu'en cas de difficultés entre la femme et son kyrios, il ne peut y avoir lieu à une action privée ni de la part du kyrios contre la femme, ni de la part de celle-ci contre son tuteur [4]. Si toutefois la femme a simultanément plusieurs kyrioi, comme dans le cas où elle est sous la tutelle de ses frères, ses intérêts peuvent être défendus par l'un des tuteurs contre les autres.

Que si, d'autre part, la conduite du kyrios envers la femme est blâmable au point de constituer ce que le droit attique considère comme une κάκωσις, l'action publique, dite γραφὴ κακώσεως, peut alors être intentée dans l'intérêt de la

(1) Dans les *Guêpes* (v. 1379 et 1397 et s.), la boulangère, après avoir demandé l'assistance de Bdélycléon, dit à Philocléon : « Je t'assigne, qui que tu sois, devant les agoranomes pour dommage causé à mes marchandises. »

(2) *Loc. cit.*, p. 620.

(3) Ainsi dans le régistre des ventes immobilières de Ténos (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 66, n° 8) le kyrios de la femme venderesse est l'acheteur même de l'immeuble. Ce n'est point toutefois, selon nous, une raison pour en conclure, avec les auteurs précités (p. 96) que l'assistance du kyrios ne soit qu'une formalité, du moins dans le droit attique. Cf. Lewy, p. 16, note. V. d'ailleurs *supra*, t. I, p. 336.

(4) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 565.

femme contre son tuteur par tout citoyen d'Athènes [1], parent ou non de la femme [2].

Quant à la demande en divorce formée par la femme (ἀπόλειψις), c'est, comme nous l'avons vu, une question controversée que de savoir si la femme peut la former seule ou si elle ne doit point, au contraire, conformément à la règle générale, être représentée par son kyrios [3].

Lorsque l'action est intentée au nom de la femme par son kyrios, celui-ci est le maître du procès. Il peut, en conséquence, soit transiger, soit se désister. C'est ainsi que, dans le plaidoyer contre Nééra [4], nous voyons Stéphanos, transigeant avec Phrastor, retirer l'action d'aliments qu'il avait intentée au nom de sa prétendue fille. Le kyrios peut aussi s'abstenir d'intenter l'action de la femme et causer ainsi un grave préjudice à celle-ci lorsque le droit vient à s'éteindre par l'expiration d'un délai [5].

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 565. Cf. Desjardins, p. 620. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 359, pour le cas où il s'agit de κάκωσις commise contre une épiclère par son mari, enseignent que la femme doit alors choisir un autre kyrios parmi les personnes qui seraient appelées à remplir cette fonction. Mais cette solution nous paraît fort contestable, et nous ne pensons pas que, dans l'hypothèse où le mari est kyrios, il puisse y avoir à côté de lui un autre tuteur. Sans doute, chacun des plus proches parents de l'épiclère peut se porter demandeur dans l'action κακώσεως contre le kyrios légal de l'épiclère, mais il agit en ce cas non point en sa qualité de plus proche parent, mais en vertu du droit qui appartient en pareille hypothèse à tout citoyen d'obtenir la réparation de la κάκωσις, Cf. en ce sens Hafter, p. 86.

(2) L'action devait être ordinairement intentée par les proches parents de la femme. Ainsi, dans un plaidoyer d'Isée (*De Pyrrhi her.*, § 46), il est question d'une εἰσαγγελία κακώσεως, formée par l'oncle d'une femme contre le frère adoptif de celui-ci, qui était vraisemblablement son kyrios.

(3) V. *supra*, t. I, p. 383.

(4) Démosthène, *In Neæram*, § 53 : Στέφανος... διαλλάττεται πρὸς τὸν Φράστορα καὶ ἀφίσταται τῆς προικός, καὶ τὴν δίκην τοῦ σίτου ἀνείλετο. Il faut observer toutefois, comme l'indique le texte, que l'action d'aliments est intimement liée à l'action en répétition de dot que le constituant exerce pour lui-même.

(5) Isée, *De Arist. her.*, § 24. Cf. Desjardins, p. 619. Cet auteur, tout en reconnaissant que le kyrios est maître du procès, refuse ce pouvoir à ceux dont parlent les textes précités en disant qu'ils agissent pour la femme, οἱ πραττόν-

La femme, qui ne peut plaider elle-même, est également incapable, en principe, de figurer dans les actes judiciaires. Ainsi elle ne peut témoigner dans un procès [1]. Mais, par contre, elle est capable de prêter ou de déférer le serment décisoire [2].

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici des attributions du kyrios qu'en ce qui a trait aux biens de la femme. En ce qui concerne la personne de sa pupille, le kyrios a également des pouvoirs très étendus. Ainsi il possède le droit, qui nous paraîtrait aujourd'hui exorbitant, de donner sa pupille en mariage sans son consentement [3]. Il peut de même dissoudre par sa seule volonté le mariage de la femme qui est sous sa puissance [4], et peut-être même aussi s'opposer au divorce de celle-ci [5]. Si le kyrios a ce pouvoir d'enlever la femme à son mari pour la marier à un autre, à plus forte raison doit-il avoir le droit de la contraindre à demeurer avec lui [6]. D'autre part, lors de la dissolution du mariage, la veuve, si elle n'use pas de la faculté que lui ouvre la loi

τες ὑπὲρ γυναικός. Mais on ne doit point, comme nous l'avons précédemment établi (p. 373, note 3), faire de différence entre celui qui agit pour la femme et son kyrios.

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 876; Guggenheim, *Folterung im Attischen Processe*, p. 1 et s.; Lewy, p. 68.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 900 ; Lewy, p. 69.

(3) V. *supra*, t. I, p. 132 et s. Il peut d'ailleurs disposer ainsi de sa pupille, soit de son vivant, soit par testament. Hruza I, p. 121, 122. V. *supra*, t. I, p. 155.

(4) V. *supra*, t. I, p. 388.

(5) V. *supra*, t. I, p. 386.

(6) Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Divorce*, p. 320 ; Cauvet, p. 450. Ce dernier auteur enseigne que si le tuteur n'est ni le père, ni le frère, ni le grand-père, mais un parent plus éloigné, il ne peut obliger d'habiter avec lui la femme placée sous sa tutelle en supposant qu'elle fût encore vierge ou qu'elle fût devenue veuve. Mais la femme ne recouvrait pas pour cela le pouvoir d'administrer ses biens, le tuteur touchait ses revenus et les lui remettait ensuite. Cette distinction entre les différentes sortes de tuteurs, qui ne repose sur aucun texte, est contraire, selon nous, au principe que tous les kyrioi ont les mêmes pouvoirs, quel que soit le titre en vertu duquel ils exercent leurs fonctions. V. *infra*, p. 378.

de demeurer avec ses enfants dans le domicile conjugal, peut abandonner la maison de son mari et retomber sous l'autorité exclusive de son kyrios [1], autorité qui, du reste, ainsi que nous l'avons admis [2], n'est point éteinte par le seul fait du mariage.

Les pouvoirs du kyrios sont les mêmes, quel que soit le titre en vertu duquel il exerce ses fonctions, que la tutelle soit légitime, déférée par le magistrat ou testamentaire. Ainsi les frères ont, par exemple, en ce qui concerne le mariage de leur sœur, les mêmes pouvoirs que le père [3], et il n'y a pas de motifs pour supposer que les pouvoirs des autres kyrioi n'aient pas la même étendue [4]. Le mari notamment, quand il est investi de la tutelle de sa femme, a le droit de donner sa femme en mariage à un tiers [5].

Cette translation de puissance, qui a lieu quelquefois de l'assentiment de la femme, ainsi qu'en témoigne l'exemple de Périclès [6], peut aussi s'opérer contre la volonté de la femme [7]. On a voulu limiter à cet égard les pouvoirs du mari et on a dit que s'il avait le droit de disposer de son épouse comme kyrios *mortis causa*, il ne pouvait le faire entre-vifs. Mais nous avons précédemment démontré [8] qu'une semblable restriction n'est nullement fondée.

(1) V. *supra*, t. I, p. 311 et s. Dans une inscription de Théra, Epictéta, après la mort de son mari et de ses deux filles, se trouve sous la tutelle de son gendre. *Corp. insc. græc.*, n° 2448, IV. — Le kyrios peut alors donner la veuve en mariage à un tiers, et il a ce droit même quand la veuve a des enfants de son premier mariage. Démosthène, *Adv. Bœot.*, II, § 7.

(2) V. *supra*, t. I, p. 215 et s.

(3) C'est ce dont témoigne le plaidoyer d'Isée, *De Philoct. her.*, §§ 4 et 51. Cf. Isée, *De Menecl. her.*, §§ 8 et 9.

(4) Hruza, I, p. 74.

(5) Sur les cas analogues que l'on peut rencontrer à Rome, v. Hruza, I, p. 74, note 61.

(6) Plutarque, *Périclès*, § 24.

(7) V. *supra*, t. I, p. 389.

(8) V. *supra*, t. I, p. 223.

Il est toutefois deux cas exceptionnels où le kyrios est soumis à des règles spéciales. Le premier est celui où il s'agit d'une épiclère *θῆσσα*. Son plus proche parent, qui est son kyrios, est alors tenu de l'épouser ou de la doter [1]. Le second concerne le cas d'une épiclère ordinaire. Son kyrios ne peut l'enlever purement et simplement à son mari ; il doit user de la procédure judiciaire de l'épidicasie [2].

Le kyrios peut déléguer à un tiers l'exercice de ses droits pour un ou plusieurs cas déterminés. Cette solution, bien que n'étant appuyée sur aucun texte, est conforme aux principes généraux du droit et ne soulève aucune objection sérieuse. Tout au plus pourrait-on dire que cette délégation ne peut avoir lieu qu'au profit du parent le plus proche. C'est ainsi que, par exemple, le père kyrios pourrait et devrait, en cas d'absence, se faire remplacer par son fils [3]. A défaut de délégation préalable, la ratification par le kyrios de l'acte fait par un tiers équivaut au mandat. Nous voyons, en conséquence, dans le plaidoyer d'Isée pour l'héritage d'Astyphile [4], que le mariage auquel il a été procédé par le beau-père est plus tard confirmé par le kyrios, frère consanguin de la fiancée [5].

Nous avons supposé jusqu'à présent que la femme n'avait qu'un seul kyrios. Mais il se peut que la tutelle soit exercée simultanément par plusieurs personnes ; c'est notamment ce qui arrive lorsque la femme a plusieurs frères consanguins [6]. La question peut s'élever en ce cas de savoir

(1) V. *supra*, t. I, p. 479 et s.

(2) V. *supra*, t. I, p. 438. Cf. Hruza I, p. 75.

(3) Hruza, I, p. 73.

(4) Isée, *De Astyph. her.*, § 29, V. *supra*, p. 340.

(5) On ne rencontre pas dans le droit attique d'institution analogue à celle de la transmission de la tutelle légitime des femmes, qui s'opérait à Rome par voie d'*in jure cessio*. Cf. Gaius, I, §§ 168-170. Le kyrios athénien peut seulement léguer sa pupille. V. *supra*, t. I, p. 155.

(6) V. *supra*, p. 317. Le registre des ventes immobilières de Ténos mentionne un certain nombre d'hypothèses où la femme a plusieurs tuteurs. Ainsi, au nº 38.

comment se règleront les attributions respectives des kyrioi, et s'il sera nécessaire qu'ils prêtent tous leur assistance à l'acte concernant leur pupille, ou si, au contraire, l'*auctoritas* de l'un d'eux seulement suffira. Il est rationnel, en l'absence de texte, de résoudre les difficultés qui pourraient se présenter en pareille hypothèse de la même manière que dans le cas de tutelle des impubères, lorsqu'il y a également pluralité des tuteurs [1].

Si nous examinons enfin comment s'éteint la tutelle des femmes et quelles sont les conséquences de son extinction, nous trouvons qu'à cet égard elle se distingue de la tutelle des impubères par deux différences importantes. C'est d'abord que la tutelle des femmes, étant perpétuelle, n'est susceptible de cesser que *a parte tutoris* [2]. L'autre différence, c'est que le kyrios de la femme n'ayant point à administrer, du moins dans l'opinion que nous avons admise [3], n'a aucun compte à rendre à la fin de la tutelle [4].

SECTION III

De l'interdiction.

Toutes les législations modernes ont organisé, dans un but direct de protection, certaines mesures spéciales aux personnes atteintes de folie ou dissipant follement leur

Phédo vend assistée de ses deux frères. Aux n°s 33 et 36, Iphicrité a pour tuteurs ses fils. Au n° 10, Axioniké a trois tuteurs, dont la relation de parenté avec leur pupille est inconnue. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 91, 92.

(1) Cf. Lewy, p. 8.

(2) En droit romain, la tutelle pouvait cesser exceptionnellement, *a parte feminæ*, lorsque celle-ci tombait *in manum* ou que, dans le dernier état du droit, elle se donnait en adrogation, ou enfin lorsqu'elle était choisie comme vestale ou qu'elle avait acquis le *jus liberorum*. Cf. May, t. I, p. 210.

(3) V. *supra*, p. 237 et s.

(4) Il en était de même en droit romain pour le tuteur de la femme. Cf. May, t. I, p. 210.

patrimoine : c'est ainsi que le Code civil français autorise l'interdiction ou la dation d'un conseil judiciaire, suivant qu'il s'agit de parer à la démence ou à la prodigalité. Les législations anciennes ont également connu des institutions du même genre, mais leur pensée a été souvent bien différente de celle qui a inspiré les lois modernes. C'est ainsi qu'à Rome, la loi des Douze-Tables, qui a organisé la curatelle des fous et des prodigues, ne songeait nullement à protéger le fou ou le prodigue et n'avait d'autre mobile que l'intérêt des agnats ou des *gentiles*, héritiers présomptifs de ces personnes. Ce qu'elle voulait, c'est que le fou ou le prodigue ne pût dépouiller ses agnats des biens de famille que ceux-ci auraient recueillis par la volonté même de la loi s'il n'avait pas existé. Aussi cette législation, en raison même de son caractère, présentait-elle des lacunes regrettables, qui du reste furent comblées plus tard lorsque la curatelle, suivant en cela les transformations de la tutelle, tendit à devenir une institution de protection et que l'intérêt des agnats fut relégué au second plan [1].

Le droit attique présente, à ce sujet, un caractère analogue à celui que nous venons de reconnaître à la législation romaine primitive, et les mesures qu'il a autorisées relativement aux fous et aux prodigues ont principalement pour but la conservation des biens dans les familles. Aux yeux des Athéniens, la transmission aux descendants du patrimoine familial, des πατρῷα et παππῷα [2] (*paterna et avita*) apparaît comme indispensable pour la conservation même des familles, dont le maintien présente un si grand intérêt tant au point de vue politique qu'au point de vue religieux. La loi crée, en conséquence, entre les ascendants et les descen-

(1) V. Accarias, I, n° 167 ; May, I, n° 135. — Cf. B. W. Leist. p. 54 et 55.
(2) Cf. Isée, *De Ciron. her.*, § 34 : πάντες γὰρ ὑμεῖς τῶν πατρῴων, τῶν παππῴων τῶν ἔτι περαιτέρω κληρονομεῖτε ἐκ γένους παρειληφότες τὴν ἀγχιστείαν ἀνεπίδικον. Cf. Pollux, VIII, 40.

dants une relation d'*obsequium* analogue à celle que nous avons signalée à propos des effets de la filiation, mais en sens inverse, c'est-à-dire qu'ici l'obligation incombe aux parents vis-à-vis de leurs enfants, et que ceux-ci peuvent, si cette obligation est méconnue, recourir à certaines mesures qui, autrement, seraient en contradiction avec l'*obsequium* dont ils sont eux-mêmes tenus envers leurs ascendants. La loi athénienne consacre donc une réciprocité de droits et de devoirs, et on doit d'autant moins s'étonner qu'elle autorise les enfants à provoquer en quelque sorte l'interdiction de leurs parents que, comme nous l'avons vu, elle dégage les enfants de leurs obligations d'aliments ou de *reverentia* lorsque les parents n'ont pas rempli envers eux leur devoir d'éducation.

On rencontre dans le droit attique une action nommée δίκη παρανοίας, dont l'existence est certaine et attestée par de nombreux témoignages [1], mais dont la portée et le méca-

(1) Aristophane (*Nub.*, v. 344 et s.) nous montre un fils qui se plaint de la folie de son père dans les termes suivants :

οἴμοι, τί δράσω παραφρονοῦντος τοῦ πατρός ;
πότερον παρανοίας αὐτὸν εἰσαγαγὼν ἕλω,
ἢ τοῖς σοροπηγοῖς τὴν μανίαν αὐτοῦ φράσω.

La scholie sur ces vers (et que Suidas a conservée, v° παρανοία) ne présente aucun sens : πρὸς τὸν πατέρα δικάσομαι καὶ δείξας αὐτὸν μαινόμενον οὕτω τὴν μανίαν παύσω. — Au témoignage de Xénophon (*Apomnem. Socr.*, I, 2, 49), Socrate était accusé d'exciter les enfants au mépris de leurs parents et de leur enseigner notamment ἐξεῖναι παρανοίας ἑλόντι τὸν πατέρα δῆσαι. Eschine, dans son discours contre Ctésiphon, fait allusion à cette action dans les termes suivants : ὁ δὲ δῆμος ἐκ τῆς ἀθυμίας τῶν συμβεβηκότων ὥσπερ παραγεγηρακὼς ἢ παρανοίας ἑαλωκὼς αὐτὸ μόνον τοὔνομα τῆς δημοκρατίας περιποιεῖται. Sopater (*de Divin. quæst. in* Meursius, *Themis*, c. 3) : ὁ νόμος περὶ τῶν ἰδιωτικῶν ἐστὶ γραφῶν, οὐ περὶ τῶν δημοσίων, κεκυρωμένος· καὶ ἐν μὲν ταῖς ἰδιωτικαῖς ἄλλην οὐ δίδωσι τοῖς παισὶν, ἢ τὴν παρανοίας γραφήν. Cf. Pollux, VIII, 89; Lexic. Seguer. (Bekker), 310, 3; Platon, *Leges*, XI, 9, p. 928, d. e. V. les autorités citées *infra*, p. 385, à propos de l'action dirigée contre Sophocle par son fils. Ces différents témoignages ont été formellement confirmés par le traité d'Aristote sur la Constitution des Athéniens qui, au c. 56, attribue à l'archonte la connaissance de la δίκη παρανοίας dans les termes suivants : γραφαὶ δὲ καὶ δίκαι λαγχάνονται πρὸς αὐτὸν... παρανοίας, ἐάν τις αἰτιᾶται τινα παρανοοῦντα τὸν οἶκον ἀπολλύναι.

nisme sont encore assez obscurs. Cette action paraît devoir être comprise au nombre des actions privées et non des actions publiques [1]. Quant au but de la δίκη παρανοίας, il n'est point, comme celui d'une demande en interdiction dans le droit moderne, de placer le dément sous la surveillance d'un tuteur ou curateur afin de l'empêcher de commettre des actes préjudiciables à autrui et de se nuire à lui-même. A Athènes, en effet, conformément à la coutume déjà suivie dans l'Inde antique [2], les fous dangereux pouvaient être enfermés purement et simplement sans que l'on se préoccupât de faire constater préalablement leur démence par un jugement [3]. Xénophon [4] parle, il est vrai, d'enfermer celui qui est convaincu de παρανοία, mais il ne résulte nullement de ce témoignage que la réclusion du dément fût le but de l'action; elle pouvait seulement en être la conséquence en cas de folie dangereuse [5].

Le but direct de la δίκη παρανοίας nous paraît être d'enlever au dément l'administration et la disposition [6] d'un patrimoine qui est plutôt celui de sa famille que le sien propre et d'en remettre la gestion à ceux qui sont appelés à en hériter [7]. Aussi croyons-nous que l'exercice de l'action appartient exclusivement aux personnes qui sont immédiatement

(1) Sopater, *loc. cit.* Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 566; Hermann, *Jur. dom. et fam. comp.*, p. 15.

(2) Zimmer, *Altindisches Leben*, p. 393.

(3) Platon (*Leges*, XI, 934, c.) interdit au *furiosus*, μαινόμενος, de paraître en public dans la ville et ajoute : οἱ προσήκοντες δ' ἑκάστων κατὰ τὰς οἰκίας φυλαττόντων αὐτοὺς ὅτῳ ἂν ἐπιστῶνται τρόπῳ, ἢ ζημίαν ἐκτινόντων.

(4) *Supra*, p. 382, note 1.

(5) Cf. en ce sens, Meier, Schœmann et Lipsius, p. 567; Ciccotti, p. 98; B. W. Leist, p. 54.

(6) Une conséquence de ce dessaisissement consiste dans l'incapacité où se trouve désormais l'interdit de faire un testament ou d'adopter un enfant. V. *supra*, p. 38.

(7) C'est également le même but que poursuit la loi des Douze-Tables lorsqu'elle dit : Si furiosus escit, adgnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.

intéressées à prévenir la dissipation du patrimoine. Il appartient donc, en première ligne, aux enfants du dément, puisqu'ils sont appelés en première ligne à lui succéder, et c'est seulement en cas d'incapacité ou d'empêchement des enfants que l'action peut être exercée par d'autres parents, probablement en suivant l'ordre de l'anchistie [1].

L'action en question ayant pour objet exclusif la conservation des biens dans la famille, on en a conclu avec assez de vraisemblance, bien que nous ne possédions aucun texte à ce sujet, que là où cet l'objet fait défaut, soit parce que le dément ne possède aucun bien, soit parce qu'il n'est pas encore *sui juris*, l'exercice de la δίκη παρανοίας est impossible [2]. Mais est-il nécessaire, pour cet exercice, que la folie soit manifeste et incontestable ? Rien ne le prouve et précisément l'existence même d'une δίκη suppose que les faits peuvent être contestés [3].

On a prétendu que la δίκη παρανοίας ne constitue pas une action proprement dite, mais a simplement le caractère d'une dénonciation judiciaire ayant pour but une mesure de police, ce qui naturellement rend nécessaire une instruction sur les faits de la cause [4]. Mais cette opinion est, à notre avis, inadmissible, car elle est en contradiction avec les témoignages formels des anciens auteurs qui considèrent cette procédure comme formant une véritable action, et qui la placent à côté d'autres, comme la δίκη

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 567 ; Hermann-Blümner, p. 80 ; Hermann-Thalheim, p. 17 ; Ciccotti, p. 98 ; B. W. Leist, p. 54. Cf. Platner, *Process*, II, p. 243.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 567, 568. Cf. Ciccotti, *loc. cit.*

(3) Meursius (*loc. cit.*) a soutenu le contraire en se fondant sur le passage suivant de Sopater : πᾶσα μὲν ἐκώλυσε κατηγορίαν εἰσάγεσθαι, τὴν δὲ παρανοίας συνεχώρησεν· εἴ τις πᾶσιν ἦν φανερὰ τοῖς ὁρῶσι, τοῖς δικάζουσι, τοῖς παρεστῶσιν ἅπασιν. Mais, comme l'observent Meier, Schœmann et Lipsius (p. 567, note 246), ce passage de Sopater a été mal lu par Meursius, ainsi que cela est aujourd'hui établi.

(4) Platner, *Process*, II, p. 243.

κακώσεως, dont le caractère est incontestable [1]. On ne peut toutefois, en raison de l'insuffisance des sources, affirmer avec certitude que dans tous les cas, même si la folie était manifeste et s'il ne pouvait y avoir aucune contestation sur son existence, il ait été nécessaire de recourir à la procédure judiciaire dont nous nous occupons pour atteindre le but poursuivi, c'est-à-dire le dessaisissement du dément [2]. Maintenant ce dessaisissement a-t-il simplement pour effet de transporter aux héritiers présomptifs l'administration du patrimoine du dément, ou bien est-il accompagné de la nomination d'un tuteur ou curateur ? Il est difficile de se prononcer sur ce point, quoique la dernière solution paraisse la plus plausible si l'on se reporte au passage de Cicéron relatif au procès de Sophocle et où l'orateur compare l'action dirigée contre le poète à la procédure suivie en droit romain contre le prodigue [3].

Une question assez délicate est celle de savoir quelles sont les règles de compétence et de procédure de la δίκη παρανοίας. La difficulté provient d'un passage de la vie de Sophocle par un auteur anonyme [4] qui, à propos de l'action intentée au grand tragique par son fils Iophon, attribue un certain rôle aux phratores. Si l'on s'en rapporte à ce texte, c'est devant la phratrie, πρὸς τοὺς φράτορας ἐγκαλοῦντα, qu'aurait été portée l'action formée contre Sophocle [5]. Il est cependant bien difficile d'admettre que les phratores aient pu être appelés à statuer sur une véritable action, se consti-

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 567, note 246.

(2) Meier, Schœman et Lipsius, p. 567.

(3) Platner, *Process*, II, p. 243-244.

(4) Cité par Meursius (*Themis*, c. 3) : εἰσήγαγε δὲ ποτὲ Σοφοκλῆς ἐν δράματι τὸν Ἰοφῶντα αὐτῷ φθονοῦντα, καὶ πρὸς τοὺς φράτορας ἐγκαλοῦντα τῷ πατρὶ ὡς ὑπὸ γήρως παραφρονοῦντα, οἱ δὲ τῷ Ἰοφῶντι ἐπετίμησαν. Σάτυρος δέ φησιν αὐτὸν εἰπεῖν· εἰ μὲν εἰμὶ Σοφοκλῆς, οὐ παραφρονῶ. εἰ δὲ παραφρονῶ, Σοφοκλῆς οὐκ εἰμί. καὶ τότε Οἰδίποδα ἀναγνῶναι. Cf. Schol. sur les *Grenouilles* d'Aristophane, v. 73.

(5) Cf. en ce sens : Platner, *Beitrærge*, p. 105 ; Petit, II, 4, 21, p. 248 ; Mayer, t. II, p. 551.

tuant ainsi en une sorte de tribunal de famille. La phratrie joue, sans doute, un certain rôle dans les questions qui ont trait à la règlementation des droits de famille. C'est ainsi, comme nous l'avons vu, que les enfants légitimes ou adoptifs lui sont présentés et que l'introduction de ces enfants dans l'association est très importante au point de vue de la preuve de la filiation. Mais, même dans ce cas, ce n'est point la décision de la phratrie qui crée la légitimité ; cette décision est purement déclarative et règlementaire [1]. On ne comprendrait pas comment la phratrie, association purement religieuse, pourrait trancher des questions d'ordre matériel qui s'élèvent dans le sein d'une famille. La compétence des phratores, qui ne résulte que d'un texte fort équivoque, est d'ailleurs contredite par d'autres textes qui attribuent formellement la δίκη παρανοίας à l'archonte [2]. La compétence de ce magistrat est de plus toute naturelle, car c'est à lui que sont déférées toutes les difficultés concernant l'exercice des droits de famille. On doit d'autant moins songer à apporter ici une exception au droit commun que l'histoire de Iophon et de Sophocle est également rapportée par d'autres auteurs [3], mais qui eux ne font aucune allusion à l'intervention des phratores [4].

(1) V. *supra*, t. I, p. 350 et s.

(2) Pollux, VIII, 89; Lexic. Seguer., (Bekker) 310, 3. Aristote (*loc. cit.*, *supra*, p. 382, note 1) notamment est on ne peut plus formel : λαγχάνονται πρὸς αὐτόν (ἄρχοντα), ἃς ἀναχρίνας εἰς τὸ δικαστήριον εἰσάγει... παρανοίας. L'archonte instruit le procès et en défère le jugement au tribunal ordinaire, τὸ δικαστήριον.

(3) Cicéron, *De senect.*, VII, 22 : « Sophocles ad summam senectutem tragædias fecit : quod propter studium quum rem familiarem negligere videretur, a filiis in judicium vocatus est, ut quemadmodum nostro more male rem gerentibus patribus bonis interdici solet : sic illum quasi desipientem, a re familiari removerent judices. Tum senex dicitur eam fabulam, quam in manibus habebat et proxime scripserat, Œdipum Coloneum recitasse judicibus, quæsisseque num illud carmen desipientis videretur. Quo recitato sententiis judicum est liberatus. » Cf. Plutarque, εἰ πρεσβυτ. πολιτ. 3, p. 785 *a*.

(4) V. Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 568 ; Hermann-Blümer, p. 80 ; Heffter, p. 386.

Plusieurs explications ont alors été proposées relativement au passage de la vie anonyme de Sophocle où il est fait mention des phratores. Suivant Meier [1], Iophon se serait opposé à l'introduction dans la phratrie d'un jeune fils que Sophocle aurait eu, dans sa vieillesse, d'une courtisane étrangère, et à l'appui de cette opposition Iophon se serait prévalu notamment de la vieillesse de son père et du trouble occasionné à ses facultés par un amour sénil. Les phratores, tout en blâmant le procédé d'Iophon, n'auraient point osé inscrire l'enfant sur le registre de la phratrie. Mais Sophocle, poursuivant l'affaire devant le tribunal des Héliastes, y aurait triomphé de l'accusation de démence portée contre lui en lisant aux juges son Œdipe à Colone. Selon Platner [2], les phratores seraient simplement appelés, dans la procédure de la δίκη παρανοίας, à donner au tribunal des renseignements sur l'état d'esprit du défendeur : ce serait une sorte d'avis analogue à celui qu'on demande aujourd'hui au conseil de famille dans la procédure d'interdiction [3]. Enfin suivant Lipsius [4], dont l'explication nous paraît la mieux fondée, l'histoire de Sophocle et de son fils Iophon aurait son origine dans une scène de comédie où l'on mettait en scène l'auteur d'Œdipe à Colone, probablement une de ces comédies d'Aristophane où, comme le prouvent les fragments qui nous sont parvenus de cet auteur, les phratores jouent quelquefois un certain rôle [5]. Il n'y aurait donc aucun

(1) *De gentil. att.*, p. 19.

(2) *Process*, II, p. 243, où l'auteur revient sur l'opinion qu'il a émise dans ses *Beitræge*, p. 105.

(3) On pourrait argumenter en ce sens de ce que dit Platon (*Leges*, XI, p 929, d, e) qui, tout en admettant la δίκη παρανοίας, y apporte un tempérament assez équitable en exigeant que le fils, avant d'agir, demande conseil aux plus anciens gardiens des lois et ne saisisse le tribunal qu'avec leur approbation et leur concours. Mais, une fois interdit, le père devient absolument incapable de disposer et doit être traité comme un enfant toute sa vie.

(4) Sur Meier et Schœmann, p. 568.

(5) V. en ce sens : Hermann, sur Soph. Œd. Kol., p. XI. Cf. Heuse, *Studien*

argument à tirer du récit concernant l'action intentée à Sophocle par son fils.

Nous avons supposé jusqu'à présent que la δίκη παρανοίας était intentée sur le fondement de la folie ou de l'imbécillité du défendeur. Peut-elle être également formée en raison de sa simple faiblesse d'esprit ou de sa prodigalité ? Pour la faiblesse d'esprit on peut, sans hésiter, répondre affirmativement, en se fondant soit sur l'esprit de la loi, soit sur le mot même qui est employé pour caractériser l'action, παρανοία, expression qui est assez large pour comprendre la faiblesse d'esprit aussi bien que la démence complète [1].

Quant à la prodigalité nous serions disposé à la considérer comme une cause suffisante d'interdiction (pour employer l'expression moderne [2]). Le législateur, en effet, se préoccupe avant tout d'empêcher la dissipation du patrimoine familial, τὸν οἶκον ἀπολλύναι, comme dit Aristote. Bien que le prodigue ne soit pas, à proprement parler, un dément (παρανοοῦντα), peut-être les Athéniens ont-ils, ainsi que les Romains [3], envisagé la prodigalité comme une sorte de folie relative aux biens, de telle sorte qu'il n'y ait pas lieu de distinguer entre les prodigues et les fous. Nous admettons d'autant plus volontiers la prodigalité comme une cause d'interdiction que le législateur athénien, lorsqu'il s'agit de la δοκιμασία, assimile les individus τὰ πατρῷα κατεδηδοκότες à ceux τοὺς γονέας κεκακωκότες [4], et déclare les uns et les autres incapables d'exercer les fonctions publiques. Le droit attique, en autorisant l'interdiction des prodigues, n'aurait point

sur Soph., p. 289; Wolf, *Quæst. Jophonteæ;* Naber, *in Miscell. philol. Amstel.*, 1851, fasc. II, p. 40 et s.

(1) Cf. Platner, *Process*, II, p. 243.

(2) Cf. en ce sens : Caillemer, p. 435 ; Schulin, p. 12.

(3) Cf. l. 12, § 2, D. *De tut. et cur. dat.*, XXVI, 5.

(4) Pollux, VIII, 45. Cf. Eschine, *C. Timar.*, § 30 ; Diogène Laërce, I, 2, 55 ; Athénée, IV, p. 168 b.

été le seul en Grèce, car Périandre aurait, dit-on, établi une institution semblable à Corinthe [1].

En admettant d'ailleurs que le prodigue puisse être interdit, il nous semble que l'on devrait faire une distinction semblable à celle que consacrait la loi romaine et n'autoriser l'interdiction comme prodigues que de ceux qui dissipaient les biens provenant de la succession *ab intestat* de leur père, *bona paterna avitaque*, τὰ πατρῷα, παππῷα [2]. Quant aux biens qu'un citoyen avait acquis par son travail ou qui provenaient d'un étranger, leur dissipation ne privait en rien ses héritiers d'une chose sur laquelle ils eussent dû compter et elle ne pouvait être une cause d'interdiction. Au surplus, en supposant que la folie proprement dite, comportant par elle-même impossibilité d'administrer, pût donner lieu immédiatement et sans aucune formalité au dessaisissement du dément au profit de ses héritiers présomptifs, le prodigue, comme le faible d'esprit, ne sauraient être dépouillés de la gestion de leur patrimoine sans une décision du tribunal portant interdiction.

La démence, la faiblesse d'esprit et la prodigalité nous paraissent être les seules causes qui puissent entraîner le dessaisissement d'un individu et son interdiction. On ne saurait y assimiler la vieillesse ou les infirmités physiques quand elles ne sont point accompagnées d'une déchéance intellectuelle. On pourrait, il est vrai, être tenté de croire que la vieillesse peut entraîner une incapacité semblable à celle qui résulte de la παράνοια, si l'on s'en réfère à un passage d'Eschine où l'orateur semble assimiler les deux choses [3]. Mais, il n'y a, selon nous, dans ce texte qu'un développement oratoire

(1) O. Müller, *Die Dorier*, I, p. 167. — Cf. B. W. Leist, p. 54.

(2) V. *supra*, p. 381, note 2.

(3) Eschine, *C. Ctesiph.*, § 251 : ὁ δὲ δῆμος ἐκ τῆς ἀθυμίας τῶν συμβεβηκότων ὥσπερ παραγεγηρακὼς ἢ παρανοίας ἑαλωκὼς αὐτὸ μόνον τοὔνομα τῆς δημοκρατίας περιποιεῖται, τῶν δ'ἔργων ἑτέροις παρακεχώρηκεν.

dont on ne saurait tirer aucun argument sérieux [1]. Grégoire de Corinthe [2] dit encore qu'il faudrait en quelque sorte assimiler aux mineurs les personnes que la vieillesse ou des infirmités frappent d'une infirmité naturelle, de sorte que ces personnes ne pourraient agir en justice qu'avec l'assistance d'un συνήγορος. Mais cette assistance n'est nullement une preuve d'une incapacité juridique. Toute personne, même parfaitement capable, peut se faire assister en justice d'un συνήγορος si elle le juge utile pour la défense de ses droits [3]. On pourrait encore invoquer ce que raconte Eschine dans son plaidoyer contre Timarque [4]. On y voit qu'Arizelos, père de ce dernier, administrait le patrimoine de son frère Arignotos, malade et aveugle, en lui fournissant une pension alimentaire. Après la mort d'Arizelos et pendant la minorité de Timarque, Arignotos reçut cette pension des tuteurs de ce dernier. Mais quand Timarque fut devenu majeur, ἐπειδὴ δ'ἐνεγράφη εἰς τὸ ληξιαρχικὸν γραμματεῖον καὶ κυρίος ἐγένετο τῆς οὐσίας, il ne tarda pas à dissiper son patrimoine et à refuser à Arignotos les aliments nécessaires, et ne sut même pas lui faire donner les secours accordés par le Prytanée aux infirmes. On voit ainsi que le patrimoine d'Arignotos a été successivement administré par son frère et par son neveu. Arignotos, d'autre part, s'il était malade ou infirme, était sain d'esprit, puisque Eschine le fait citer comme témoin dans le procès [5]. Peut-on conclure de ces faits qu'Arignotos a été, en raison de ses seules infirmités,

(1) Van den Es, p. 153, dit à ce sujet : Duas res comparasse videtur orator quæ pares non sunt : populus enim animo fractus nomen solum dominationis retinere, res ipsas vero alteri concessisse dici potest rectissime ; at in eo qui propter animi imbecillitatem alterius cura indiget longe aliter rem se habuisse verisimile est ; res ipsas scilicet hic retinet, administratio et cura vero alteri conceditur.

(2) *Ad Hermog.*, VIII, p. 928.

(3) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 920 et s.

(4) §§ 102 et s.

(5) § 104.

l'objet d'une mesure semblable à l'interdiction pour cause de παρανοία et qu'il a été successivement sous la tutelle de son frère et de son neveu ? Nous ne le pensons pas, car il n'est pas fait allusion une seule fois à la tutelle d'Arignotos, tandis qu'au contraire l'orateur parle des tuteurs, ἐπίτροποι, de Timarque. Si d'ailleurs, contre toute vraisemblance, ce dernier avait été autorisé à exercer la tutelle de son oncle, il aurait été soumis à l'obligation de rendre compte et il n'est non plus jamais question des comptes rendus par lui. Nous estimons qu'il y a eu un simple dessaisissement de fait d'Arignotos ; mais il n'y avait lieu ni à tutelle, ni à interdiction du moment que celui-ci, quoique infirme, possédait toutes ses facultés intellectuelles [1].

On s'est demandé, à propos de la δίκη παρανοίας, si c'est la seule action dont l'exercice soit autorisé de la part des enfants contre leurs parents. On a enseigné l'affirmative sur le fondement de certains passages des rhéteurs suivant lesquels, parmi les actions privées, l'action en interdiction serait seule permise aux enfants [2]. On peut alléguer en ce sens que l'exercice d'une action contre ses parents constituerait de la part de l'enfant une violation du devoir de *reverentia* qui lui est imposé par la loi [3]. Aussi les Romains avaient-ils apporté des restrictions assez sévères au droit d'action des enfants.

Bien que la question nous paraisse fort obscure pour le droit attique, en raison de la pauvreté des sources [4], nous

(1) Cf. Van den Es, p. 153, 154 ; Platner, *Process*, II, p. 290 ; Ciccotti, p. 104, 105.

(2) Meursius, *Themis*, I, c. 3, qui cite en ce sens Curius Fortunatianus, *Rhet.* lib. I : « Filiis adversus patrem ne sit actio nisi dementiæ », et Sopater, *de Divis. quæst.* : Σαφῶς διηγόρευσεν ὁ νόμος μηδεμίαν ἄλλην δέχεσθαι γραφὴν ἢ τὴν τῆς παρανοίας.... πᾶσαν μὲν ἐκώλυσε κατηγορίαν εἰσάγεσθαι, τὴν δε τῆς παρανοίας συνεχώρησεν.

(3) V. *supra*, t. I, p. 367.

(4) B. W. Leist, p. 17, note *a*.

inclinerions à admettre que les enfants peuvent, dans le droit attique, faire valoir judiciairement contre leurs parents les droits qui sont méconnus par ceux-ci. C'est ainsi que les enfants peuvent agir par la voie judiciaire contre leur père pour le contraindre à les introduire dans la phratrie [1]. De même, dans un des dialogues de Platon [2], on voit un fils intenter contre son père une δίκη φόνου, sans que rien laisse supposer qu'il y ait là quelque chose d'illégal de la part de l'enfant. Il est vrai que les rhéteurs cités par Meursius distinguent entre les actions privées et les actions publiques et, tout en autorisant l'exercice de celles-ci contre les parents, n'admettent, parmi les premières, que l'exercice de la δίκη παρανοίας. Mais probablement n'y a-t-il là qu'une distinction de rhéteur, c'est-à-dire inventée *declamationis causa* et qui n'était nullement consacrée par la loi athénienne. L'exercice d'une action par un descendant contre un ascendant peut, sans doute, paraître contraire à l'obligation de *reverentia*, mais il ne faut pas perdre de vue qu'à Athènes cette obligation est beaucoup moins rigoureuse qu'à Rome et que, par suite, on ne peut se prévaloir des prohibitions de la loi romaine et prétendre à les transporter *a priori* dans le droit attique [3].

(1) Démosthène, *C. Bœot.* I, §§ 3 et s. et II, §§ 11 et s.

(2) *Eutyphron*, 4, p. 4 e.

(3) V. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 567, note 246 et p. 763-764. Cf. Platner, *Process*, II, p. 244; Van den Es, p. 147.

TITRE IV

EXTENSION DE LA FAMILLE. L'ESCLAVAGE

CHAPITRE I

NOTIONS GÉNÉRALES

Dans l'ancien droit attique, comme du reste, dans toutes les législations primitives, l'étude de l'esclavage se rattache intimement à celle de la famille [1]. Celle-ci, en effet, dans les idées des anciens, telles qu'Aristote nous les expose [2], a pour base non seulement l'union de l'homme et de la femme, union naturelle et nécessaire puisqu'ils ne peuvent exister l'un sans l'autre, mais aussi l'union, non moins naturelle, du maître et des esclaves, c'est-à-dire de l'intelligence et de la force. La famille, pour être complète, doit ainsi comprendre

(1) Cf. sur l'esclavage dans l'ancienne Grèce, outre les ouvrages cités ci-après : Reitemeier, *Geschichte und Zustand der Sklaverei und Leibeigenschaft in Griechenland*, Berlin, 1789; Saint-John, *The Hellenes*, t. III, p. 1-35; Desjardins, *L'esclavage dans l'antiquité*, Caen, 1857; Bippart, *Die Sklaverei, bei den Griechen,*, in *Prutz deutsch. Mus.*, 1851, t. I, p. 876 et s.; Goell, *Griech. Privataltelterth.* p. 121 et s., et *Kulturbilder aus Hellas und Rom*, I, 284 et s.; Ebeling, *die Sklaverei von den aeltesten Zeiten bis auf die Gegenwart*, Paderborn, 1889.

(2) Aristote, *Polit.*, liv. I, c. I.

des individus libres et des esclaves : οἰκία δὲ τέλειος ἐκ δούλων καὶ ἐλευθέρων [1]. L'administration de la famille repose, en conséquence, d'après le même auteur, sur trois pouvoirs, celui du mari sur sa femme, celui du père sur ses enfants et celui du maître sur ses esclaves [2]. Aussi ces derniers sont-ils désignés, à l'époque d'Homère, par le mot οἰκῆες, expression qui a été remplacée plus tard par celle d'οἰκέται, et qui montre bien que les esclaves font partie de la maison, οἰκία [3].

Cette manière de voir, qui considère l'esclavage comme une extension de la famille, se comprend parfaitement si l'on songe qu'à l'origine le maître et sa famille étaient constamment mêlés aux esclaves dans les travaux de la maison et des champs. Grâce à la communauté de travail et de vie domestique, l'esclave, initié à tous les évènements de la vie intérieure, était associé à la famille comme une sorte de membre inférieur de celle-ci [4]. Cette association n'existe pas seulement au point de vue matériel : elle existe également au point de vue religieux. Un curieux usage, qui subsista longtemps dans les maisons athéniennes, nous montre comment, à ces divers points de vue, l'esclave entrait en communion avec le reste de la famille. Quand le maître acquérait un nouvel esclave, on le faisait asseoir au foyer et là, par une sorte de cérémonie religieuse, la maîtresse de maison répandait sur la tête de l'esclave des noix et des figues sèches. Cette cérémonie, qui n'était point sans quelque analogie avec celle qu'on pratiquait pour la réception dans la famille de la nouvelle épouse ou d'un fils adoptif, signifiait que le nouvel arrivant, étranger la veille, serait désor-

(1) *Ibid.*, liv. I, c. 2.

(2) *Ibid.*, liv. I, c. 5.

(3) De même, à Rome, l'esclave portait le nom de *familiaris*, *famulus*.

(4) Cette cérémonie ne s'accomplissait vraisemblablement que pour les esclaves employés directement au service des maîtres et non pour ceux qui l'étaient dans des ateliers ou dans d'autres exploitations industrielles ou commerciales, mais elle n'en conserve pas moins toute sa signification.

mais considéré comme un membre de la famille et en aurait la religion. Cet acte symbolique se nomme καταχύσματα [1]. « Mais, comme le dit Fustel de Coulanges, par cela même que le serviteur acquérait le culte et le droit de prier au foyer de son maître, il perdait la liberté. La religion était une chaîne qui le retenait. Il était attaché à la famille pour toute sa vie et même pour le temps qui suivait sa mort [2] ».

Dans le droit grec, de même que dans les autres législations de l'antiquité, il est impossible de connaître l'origine de l'esclavage et de saisir le moment où il est né. Si loin que nous reportent les documents que nous possédons, on le trouve établi. Il est vrai que, si l'on en croit Hérodote [3], l'institution de l'esclavage aurait été inconnue dans la Grèce primitive. Timée [4] dit également que les Grecs anciens ne se servaient pas d'esclaves achetés à prix d'argent [5]. Mais il suffit de

(1) Lexic. Seguer, (Bekker) 269, 9 : καταχύσματα ἰσχάδες καὶ φοίνικες καὶ κάρυα ἄλλα τοιαῦτα ἐδώδιμα κατέχεον αἱ κύριαι τῶν οἴκων κατά τι ἔθος ἐπὶ τὰς κεφαλὰς τῶν ἄρτι ἐωνημένων δούλων παραδηλοῦσαι, ὅτι ἐπὶ γλυκέα καὶ ἡδέα πράγματα εἰσεληλύθασιν. Schol. Aristoph., *Plutus*, 768 : σύγκειται δὲ τὰ καταχύσματα ἀπὸ φοινίκων, κολλύβων, τρωγαλίων, ἰσχάδων καὶ καρύων, ἅπερ ἥρπαζον οἱ σύνδουλοι. κυρίως δὲ ἐλέγοντο, ὅτε δοῦλον ἠγόραζον· ἔφερον γὰρ αὐτὸν ἐπὶ τὴν ἑστίαν καὶ καθίζοντες κατὰ τῆς κεφαλῆς κατέχεον κόλλυβα. Cf. Aristophane, *loc. cit.*; Pollux, III, 77 ; Harpocration et Suidas, v° καταχύσματα ; Démosthène, *In Stephan.*, I, § 74; Schol. ad Hermog., *in Rhet. gr.* (éd. Walz) V, p. 529. Dans Eschyle (*Agamemnon*, v. 1035-1038) on voit également une mère de famille recevoir une nouvelle esclave et l'accueillir en ces termes : « Entre ici, puisque Jupiter veut que dans ma maison tu partages les ablutions d'eau lustrale avec mes autres esclaves auprès du foyer domestique. » Cf. Becker, *Charikles*, III, p. 33; Hermann-Blümner, p. 82; Gilbert, I, p. 189; Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 292, note 29.

(2) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. II, c. 5, et *Nouvelles recherches*, p. 47. — Cf. B. W. Leist, p. 478 ; Ciccotti, p. 94.

(3) Hérodote, VI, 137, dit, en parlant de l'époque où les Tyrrhéniens ont construit les murs d'Athènes : οὐ γὰρ εἶναι τοῦτον τὸν χρόνον σφισι πω οὐδὲ τοῖσι ἄλλοισι Ἕλλησι οἰκέτας. Mais ce témoignage est contredit par un autre qui atteste l'existence d'esclaves au temps de Cécrops : Philochoros, *in Macrob. Saturn.*, I, 10. Cf. Büchsenschütz, p. 105.

(4) Timée, fr. 67 (édit. Didot.)

(5) On pourrait en conclure, *a contrario*, que les Grecs avaient des esclaves

parcourir les poèmes homériques pour se convaincre de la fausseté de ces assertions, car l'esclavage y apparaît déjà comme un fait ancien, consacré par la coutume et se perpétuant par les divers modes en usage chez tous les peuples de l'antiquité [1]. Ces assertions ne peuvent être inspirées que par les souvenirs de l'âge d'or, c'est-à-dire d'un temps où la terre produisait d'elle-même les moissons, sans que le travail humain fût nécessaire. S'il n'y avait point alors d'esclaves, c'est qu'on ne travaillait pas. Mais, dès que la loi du travail fut imposée à l'homme, l'esclavage dut apparaître en même temps que la propriété. Ce qui est vrai seulement, c'est qu'à l'époque héroïque, d'une part, l'esclavage occupe dans la société une place beaucoup moins grande que plus tard et, d'autre part, les hommes libres ne sont point encore séparés des esclaves par l'abîme qui s'est creusé ultérieurement.

Les sources de l'esclavage sont, à l'époque homérique, la guerre, la naissance, l'achat et le crime. La source principale, c'est la guerre, ainsi que le rappelle le nom général qui sert à désigner les esclaves, δμῶες [2]. Le massacre des hommes, le pillage et l'incendie des maisons, la captivité des femmes et des enfants, telle était la coutume pratiquée lors de la prise d'une ville. L'esclavage n'était même point seulement la conséquence de la guerre, il en était souvent aussi la cause et, au temps d'Homère comme aux époques postérieures, on envahissait un pays et on en prenait les villes pour faire des captifs [3]. La piraterie concourait, du reste,

qu'ils se procuraient par la guerre ou la piraterie, ou bien encore qu'ils avaient des esclaves de naissance ou des esclaves par abandon volontaire de leur liberté. Cf. Büchsenschütz, p. 106; Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches*, p. 46, note 1.

(1) Fustel de Coulanges, *loc. cit.* Cf. Richard, *De servis apud Homerum*, p. 14; Buchsenschutz, p. 105; Guiraud, p. 71; Wallon, t. I, p. 66; Hermann-Blümner, p. 83.

(2) De δμάω, dompter.

(3) Wallon, I, p. 66, 67,

avec la guerre pour recruter les esclaves. Une autre source de l'esclavage, moins odieuse et aussi plus honorée, c'était la naissance, le maître ayant sur les enfants de ses esclaves le même droit que sur les parents. On pouvait, en troisième lieu, se procurer des esclaves au moyen d'un contrat d'achat semblable à celui dont nous parlerons à l'époque historique. Enfin l'esclavage était quelquefois volontairement subi en cas de meurtre et à titre d'expiation : on se vendait, comme pour dépouiller le vieil homme en perdant sa personnalité juridique, et les dieux eux-mêmes en donnèrent plusieurs exemples [1].

La condition des esclaves se ressent, à l'époque homérique, de leur origine et de leurs occupations. Issus de familles ayant occupé une situation semblable à celle de leurs maîtres, quelquefois d'une famille royale, partageant avec leurs maîtres les charges de la vie intérieure et de la vie des champs, les esclaves avaient alors une situation assez douce relativement, et on ne trouve, dans les poésies homériques, aucune trace des traitements durs et méprisants dont plus tard les exemples se multiplient. Si, théoriquement, le maître a sur ses esclaves une autorité absolue et peut se faire justice par les coups ou même par la mort, en fait, cependant, les mœurs viennent corriger la rigueur du droit. Hésiode [2] recommande de traiter les esclaves avec bonté, et Homère [3] nous montre le vieux Laërte partageant presque en tout la condition de ses serviteurs. Les esclaves font, en quelque sorte, partie de la famille, ainsi que le prouve le cas d'Eumée qui, acheté des pirates, a été élevé par la femme de Laërte avec sa plus jeune fille. Ce qui devait d'ailleurs contribuer à adoucir la condition des esclaves par la confusion des rangs et le partage des fonc-

(1) Wallon, I, p. 69, 70.
(2) Hésiode, *Op. et dies*, 605.
(3) Homère, *Od.*, XXIV, 226.

tions domestiques, c'était leur petit nombre relatif. L'esclavage était encore, à cette époque, un objet de luxe, n'étant guère en usage, et encore dans des proportions assez modestes, que dans les maisons des grands ; les propriétaires sans esclaves n'étaient même point rares [1].

L'esclavage entraînait pour les femmes des conséquences spéciales : achetées ou captives, elles ne pouvaient refuser de partager la couche de leurs maîtres. Toutefois, ainsi que nous l'avons déjà observé [2], en en donnant la raison, les fils qu'elles donnent à leurs maîtres sont libres, comme leurs pères, et ceux-ci les traitent comme tels. On ne voit point, dans l'Iliade, Teucer, fils de Télamon et d'une captive, exposé aux injures dont l'accable plus tard Ménélas, dans Sophocle [3]. Les héros d'Homère ne connaissaient donc point la loi d'après laquelle l'enfant suit la condition de sa mère.

Si, à l'époque homérique, on ne rencontre que peu d'esclaves relativement, le cadre de l'esclavage s'élargit considérablement pendant la période suivante. La cause en est d'abord dans les invasions et les conquêtes multiples qui firent des peuples vaincus autant de milliers de captifs. La cause en est aussi et surtout dans les modifications profondes qui se produisirent en matière économique. L'esclave n'était plus nécessaire seulement au service domestique et à la culture des champs ; il devenait indispensable pour les nombreuses industries et pour le commerce qui se développaient chaque jour davantage. Ainsi, dans l'Attique, où il existait, en moyenne, aux ve et ive siècles avant J.-C. 30.000 citoyens mâles, la population servile comprenait,

(1) Homère, *Od.*, XV, 363 et s.

(2) Cf. Schuck, p. 3 et s. ; Guiraud, p. 71 et s. ; Schœmann-Galuski, t. I, p. 48, 50 ; Wallon, p. 70 et s.

(3) V. *supra*, t. I, p. 104 et 492.

(4) Sophocle, *Ajax*, v. 118 et s.

selon toute vaisemblance, au moins 300.000 têtes [1]. Cette extension de l'esclavage n'est point, du reste, spéciale à Athènes, et l'institution se développa également dans les autres villes de la Grèce, et pour les mêmes causes.

Les besoins économiques qui répandirent et perpétuèrent l'esclavage chez tant de peuples barbares et même chez des nations modernes, s'imposèrent avec plus de force encore chez les Grecs, et spécialement chez les Athéniens, par l'influence des mœurs politiques. Le citoyen se devait tout entier au service de l'Etat ; il y consacrait toute l'activité de son esprit par sa participation aux assemblées politiques ou judiciaires et toutes les forces de son corps par son service à l'armée. Or, pour qu'il en eût le loisir, il fallait l'asservissement de toute une classe de la population chargée de pourvoir aux besoins matériels des citoyens.

Ce qui contribua aussi à propager et à maintenir l'esclavage, c'est que cette institution non seulement fut acceptée comme un fait nécessaire par les esprits les plus éminents, mais encore trouva des défenseurs parmi les plus grands philosophes. Ainsi, pour Aristote, l'homme, qui est né sociable, n'est complet que dans l'association domestique, et cette association comprend trois êtres : l'homme qui commande la famille, la femme qui la perpétue, et l'esclave qui la sert. C'est la nature qui a donné à l'homme ce double et indispensable complément, la femme et l'esclave [2]. Pour le philosophe, la relation de maître à esclave ne se trouve pas seulement dans la constitution de la famille, mais dans le fond même de l'homme considéré comme individu : c'est le

(1) On a beaucoup discuté sur le nombre des esclaves en Attique à l'époque que nous étudions. Nous adoptons ici les conclusions de Guiraud, p. 158-159, qui nous paraissent les plus plausibles, car il est difficile d'arriver à une certitude. V. sur cette question : Schuck, p. 11, 12 ; Müller-Busolt, t. IV, 1, p. 12 et 194 ; Bœckh, t. I, p. 49 ; Gilbert, t. I, p. 188 ; Büchsenschütz, p. 138 et s. ; Becker, *Chariklès*, t. III, p. 20 ; Schœmann-Galuski, t. I, p. 397, 398.

(2) Aristote, *Polit.*, I, 1, § 5 : φύσει μὲν οὖν διώρισται τὸ θῆλυ καὶ τὸ δοῦλον.

rapport du corps à l'âme. L'esclave n'est qu'un corps, σῶμα, suivant l'expression souvent employée pour le désigner, un corps détaché du maître, comme pour lui ôter cette impression de la fatigue et de la douleur qui du corps se communique à l'âme, mais un corps tellement lié à sa nature qu'il n'a point de réalité propre hors de lui [1]. Suivant Aristote, l'esclavage non seulement est naturel, parce qu'il est conforme à l'organisation de la famille et à la constitution même de l'homme, mais encore est nécessaire au point de vue économique, parce qu'on ne trouve rien qui remplace l'esclave dans l'ordre des instruments animés : si la navette, dit-il, marchait toute seule, l'esclavage serait inutile, mais la mécanique, au temps d'Aristote, n'était pas ce qu'elle est aujourd'hui. D'autre part, l'esclavage n'est point, d'après ce philosophe, contraire à la nature, étant donné que les individus auxquels il s'applique, les barbares, sont des êtres inférieurs. Aristote reconnaît toutefois que cette raison ne justifie par l'esclavage né de la guerre et surtout de la guerre entre Grecs. Mais c'est une loi généralement reçue que le vaincu appartient au vainqueur par droit de conquête, et Aristote juge inutile d'examiner si cette loi est juste ou non [2].

Platon ne discute pas l'institution de l'esclavage ; il s'abstient d'en réprouver comme d'en justifier le principe ; il l'accepte comme un fait nécessaire, admis partout, et se borne à donner aux maîtres quelques règles de conduite. S'il leur recommande de bien traiter les esclaves et de ne pas les irriter par une sévérité excessive, il conseille

(1) Cf. Aristote, *Polit.*, I, 2, § 20.

(2) Cf. sur les opinions d'Aristote concernant l'esclavage : Büchsenschütz, p. 108 et s. ; Becker, *Chariclès*, t. III, p. 3 et s. ; Schück, p. 18 ; Wallon, I, p. 372 et s. ; Dareste, *Science du droit*, p. 219 et s. ; Schiller, *die Lehre des Aristoteles von der Sklaverei*, Erlangen, 1847 ; Uhde, *Aristoteles quid senserit de servis et liberis hominibus*, Berlin, 1856, et les autres auteurs cités par Hermann-Blümner, p. 81, note 3.

également de ne leur parler que sur le ton du commandement et de ne pas hésiter à les corriger quand ils le méritent [1].

Quelques voix bienveillantes s'élevaient bien de temps en temps pour réclamer, en faveur de l'esclave, les droits de l'humanité méconnue [2]. Mais ces voix étaient sans écho ; ce qui dominait, dans l'esprit des théoriciens comme dans l'opinion de la foule, c'était un mépris systématique de l'esclave, et Xénophon lui-même, malgré toute son humanité, demandait à l'art de dresser les animaux des moyens applicables à l'esclave. Celui-ci n'est considéré que comme un outil, ὄργανον, comme une propriété, ὁ δοῦλος κτῆμά τι [3] ; c'est même « la première des propriétés et la plus nécessaire » [4].

Il ne faut toutefois rien exagérer. L'esclave, chez les Grecs, ne fut jamais regardé exclusivement comme une chose. On était obligé de reconnaître qu'il est un être humain et qu'il est de la même nature que les autres hommes : « Ils sont hommes, dit Aristote lui-même, et ont leur part de raison » [5]. S'il est une propriété, c'est une propriété qui a une âme, κτῆμα τι ἔμψυχον, et, comme nous le verrons, cette considération n'a pas été sans exercer une influence notable sur la condition juridique des esclaves.

L'esclave, dans le droit grec, est généralement désigné sous le nom de δοῦλος, expression qui ne se rencontre pas dans Homère, et dont l'étymologie est d'ailleurs assez incertaine. [6] Lorsqu'on se réfère de préférence à la situation de l'esclave dans la famille du maître, on emploie l'expression

(1) Platon, *Leges*, VI, p. 776. Cf. sur ce point de la philosophie de Platon : Wallon, I, p. 363 et s.

(2) Cf. Philémon, *in* Stobée, *Floril.*, LXII, 28.

(3) Aristote, *Polit.*, I, 2, p. 485.

(4) Aristote, *Economiques*, I, 5.

(5) Aristote, *Polit.*, I, 5, § 3.

(6) L'Etymolog. magn. et l'Etymolog. Gud. la font dériver de δέω, δεύω, δύη, δόλος. Cf. Büchsenschütz, p. 104, note 1.

οἰκέτης. C'est dans le même sens que les Athéniens se servent quelquefois, pour désigner les esclaves, de l'expression παῖδες, qui s'applique également aux mineurs en puissance paternelle. D'autres dénominations plus spéciales sont d'ailleurs usitées suivant les occupations diverses des esclaves, comme celles de θεράποντες, διάκονοι, ὑπηρέται, ἀκόλουθοι, ἐπάμονες, ἀμφίπολοι, πρόπολοι [2].

(1) Athénée, VI, p. 267 b, fait cette différence entre les deux termes : διαφέρειν δὲ φησί Χρύσιππος δοῦλον οἰκέτου διὰ τὸ τοὺς ἀπελευθέρους μὲν δούλους ἔτι εἶναι, οἰκέτας δὲ τοὺς μὴ τῆς κτήσεως ἀφειμένους. ὁ γὰρ οἰκέτης, φησί, δοῦλος ἐν κτήσει κατατεταγμένος. Cette différence s'explique par ce motif que l'affranchi demeure encore dans un certain état de dépendance vis-à-vis de son ancien maître, mais sans faire désormais partie de sa maison.

(2) Cf. Pollux, III, 78; Athénée, VI, p. 267.— V. Büchsenschütz, p. 104, note 1; Wallon, I, p. 470.

CHAPITRE II

SOURCES DE L'ESCLAVAGE

1° *Naissance.*

On peut devenir esclave soit par la naissance, soit par un fait postérieur à la naissance : *servi aut nascuntur aut fiunt* [1]. Parmi ceux qui sont devenus esclaves, on peut, comme le fait Justinien dans ses Institutes, établir une autre distinction, suivant que l'on est devenu esclave *jure gentium* ou *jure civili*. Ces différentes distinctions sont également admissibles dans le droit attique [2]. Certains auteurs ont aussi considéré le commerce comme une source de l'esclavage. Mais cette manière de voir n'est point exacte, en ce sens que le commerce ne s'applique qu'à des individus qui sont déjà esclaves, soit par la naissance, soit par un fait postérieur à la naissance. C'est un mode de recrutement des esclaves plutôt qu'une source de l'esclavage. On peut cependant, à un certain point de vue, envisager le commerce comme une source dérivée, où les autres viennent

(1) Inst., § 4, *De jure person.*, I, § 3.

(2) Dion Chrysostome, XV, 25, p. 241 et s. indique, mais sans les comprendre toutes, ces différentes sources de l'esclavage : καὶ γὰρ δὴ τῶν κτωμένων τοὺς οἰκέτας, ὥσπερ καὶ τὰ ἄλλα ξύμπαντα, οἱ μὲν παρ' ἄλλων λαμβάνουσιν ἢ χαρισαμένου τινὸς ἢ κληρονομήσαντες ἢ πριάμενοι, τινὲς δὲ ἐξ ἀρχῆς τοὺς παρὰ σφίσι γεννηθέντας· οὓς οἰκογενεῖς καλοῦσι· τρίτος δὲ κτήσεως τρόπος, ὅταν ἐν πολέμῳ λαβὼν αἰχμάλωτον ἢ καὶ λῃσάμενος κατὰ τοῦτον τὸν τρόπον ἔχῃ καταδουλωσάμενος, ὅσπερ οἶμαι πρεσβύτατος ἁπάντων ἐστίν. Cf. Athénée, VI, c. 83 et s. ; Bryson, *in* Stobée, *Serm.*, LXXXV, 15.

même généralement aboutir, et pour ce motif nous y consacrerons un paragraphe spécial dans ce chapitre.

La naissance est une des principales sources de l'esclavage. On pourrait même croire que c'est la plus importante si l'on reporte aux inscriptions relatives à des actes d'affranchissement et recueillies à Delphes. On y rencontre, en effet, un grand nombre d'esclaves désignés par l'expression de οἰκογενεῖς ou ἐνδογενεῖς, qui signifie esclave né à la maison [1]. Dans un recueil de ces inscriptions [2], sur deux cent vingt-neuf esclaves dont l'origine est indiquée, cent cinq sont nés à la maison, et il est probable que plusieurs de ceux pour lesquels cette désignation est omise doivent avoir eu la même origine [3]. Nous croyons plutôt, cependant, que la naissance cessa d'être la source la plus importante de l'esclavage. On était loin, en effet, des temps héroïques où les enfants de l'esclave, élevés au sein de la famille, en étaient en quelque sorte considérés comme les membres. Depuis qu'un grand intervalle séparait le maître des serviteurs, les esclaves nés à la maison, nourris dans la corruption de l'esclavage, étaient ordinairement les plus chétifs et les moins précieux : aussi un des noms qui servaient à les désigner, οἰκότριβες [4], se prenait-il figurément comme une expression tout à fait méprisante. Les maîtres se souciaient peu d'ailleurs de favoriser les unions de leurs esclaves et de courir la chance d'élever un enfant depuis les premières années jusqu'à l'âge

(1) Cf. Polybe, XL, 2, 3; Platon, *Ménon*, p. 82 *b*. Pollux, III, 76 emploie l'expression οἰκοτραφής.

(2) Wescher et Foucart, *Inscriptions recueillies à Delphes*.

(3) Foucart, *Mém. sur l'affranch.*, p. 47. Cf. Becker, *Chariclès*, III, p. 18.

(4) Etymol. mag., 590, 14 : Μόθων : οὕτω καλοῦσι Λακεδαιμόνιοι τὸν οἰκογενῆ δοῦλον, ὃν οἱ Ἀθηναῖοι οἰκότριβα φασί. Bekker, *Anecd.*, p. 286, 18 : οἰκότριβες οἱ οἰκέται καλοῦνται οἱ δοῦλοι ἐκ δούλων γενόμενοι, οἱ οἰκογενεῖς. Ammonius, *Diff. vocab.*, p. 101 : οἰκότριψ καὶ οἰκέτης διαφέρει. οἰκότριψ μὲν γὰρ ὁ ἐν τῇ οἰκίᾳ ἐντρεφόμενος, ὃν ἡμεῖς θρεπτὸν καλοῦμεν. οἰκέτης δὲ ὁ δοῦλος ὁ ὠνητός· παρὰ δὲ Σόλωνι ἐν τοῖς ἄξοσιν οἰκεὺς κέκληται ὁ οἰκότριψ.

où il pourrait travailler ; ils devaient préférer d'acheter sur les marchés un esclave déjà formé [1].

Sont d'abord esclaves par la naissance ceux qui sont nés de deux parents esclaves. Le droit du maître sur les parents s'étend sur les enfants qui naissent de leur union comme sur le croît des animaux [2].

Il y a plus de difficulté lorsque les deux parents sont de condition différente, l'un étant libre et l'autre esclave. Plusieurs systèmes sont possibles sur ce point. On peut d'abord admettre que l'enfant doit toujours se rattacher à celui de ses deux parents dont la parenté est indéniable et qu'un fait matériel désigne comme ayant engendré l'enfant, c'est-à-dire à la mère, ce que l'on exprime par l'adage : *partus matrem sequitur ;* ou bien on peut dire que l'enfant suivra celui de ses deux parents dont la condition est pire, conformément à la règle : *deterioris parentis conditionem sequitur partus.* On a prétendu que ce second système a été celui du droit athénien, mais cette opinion ne nous paraît pas fondée [3]. Sans doute, on a appliqué, à partir de Périclès, en ce qui concerne le droit de cité, la règle que l'enfant suit la pire des deux conditions et, par conséquent, n'est pas citoyen si l'un ou l'autre de ses deux parents, bien qu'unis en légitime mariage, ne jouit pas du droit de cité. Mais cette rigueur, qui s'explique par des considérations politiques, n'a pas toujours été pratiquée et nous avons vu que, dans le droit antérieur à Périclès, un enfant naissait citoyen bien qu'il fût né du mariage d'un Athénien avec une étrangère [4]. Les considérations qui ont inspiré le décret de Périclès sont étrangères au cas où il s'agit non

(1) L'esclave né de deux parents esclaves se nomme ἀμφίδουλος : Eustathe, sur l'*Odyssée*, β, 290, p. 445, 51. Celui dont les parents sont eux-mêmes οἰκότριβες, se nomme οἰκοτριβαῖος : Pollux, III, 76.

(2) Wallon, I, p. 158, 159.

(3) Dareste, *Science du droit*, p. 129.

(4) V. *supra*, t. I, p. 189 et s.

plus de la cité mais de la liberté. Platon, il est vrai, dans son *Traité des Lois*, applique aux enfants issus de parents dont l'un est libre et l'autre esclave la règle : *deterioris parentis conditionem sequitur partus*. D'après lui, que l'enfant soit issu du commerce d'une esclave avec un homme libre ou de celui d'une femme libre avec un esclave, il appartient, dans tous les cas, au maître de celui de ses auteurs qui est en esclavage [1]. Prévoyant, en outre, un cas qui devait fréquemment se présenter, celui où un maître avait commerce avec sa propre esclave, ou un esclave avec sa maîtresse, il décide qu'en pareil cas les inspectrices des mariages ou les gardiens des lois interviendront et enverront à l'étranger l'enfant ainsi que l'esclave, homme ou femme, qui lui a donné le jour. On ne saurait toutefois admettre que ces dispositions de Platon reproduisent le droit positif de la cité et que la servitude d'un seul des parents ait suffi pour entraîner celle de l'enfant.

Faut-il alors se prononcer pour l'application de la règle *partus sequitur matrem*, ainsi que le font la plupart des auteurs? [2]. Il en résulterait, d'une part, que l'enfant né d'une femme esclave et d'un homme libre serait esclave, et d'autre part, que l'enfant né d'une femme libre et d'un esclave serait libre. Cette dernière proposition paraît résulter avec certitude d'un passage de Dion Chrysostôme où il est dit : ἢ οὐ πολλαὶ ἀσταὶ γυναῖκες δι' ἐρημίαν τε καὶ ἀπορίαν, αἱ μὲν ἐκ ξένων ἐκύησαν, αἱ δὲ ἐκ δούλων, τινὲς μὲν ἀγνοοῦσαι τοῦτο, τινὲς δὲ καὶ ἐπιστάμεναι. καὶ οὐδεὶς δοῦλός ἐστιν, ἀλλὰ μόνον οὐκ Ἀθηναῖος τῶν οὕτω γεννηθέντων [3]. Les enfants nés d'une ci-

(1) Platon, *Leges*, XI, 10, p. 940 : δούλη μὲν ἐὰν συμμίξῃ δούλῳ ἢ ἐλευθέρῳ ἢ ἀπελευθέρῳ, πάντως τοῦ δεσπότου ἔστω τῆς δούλης τὸ γεννώμενον, ἐὰν δέ τις ἐλευθέρα δούλῳ συγγίγνηται, τοῦ δεσπότου ἔστω τὸ γιγνόμενον τοῦ δούλου.

(2) Foucart, *loc. cit.*, p. 27 ; Schœmann-Galuski, t. I, p. 398 ; Becker, *loc. cit.*, p. 18.

(3) Dion Chrysostôme, *Or.*, XV, p. 446 R.

(4) Hérodote, I, 173, dit, en parlant des Lyciens et du droit de la mère qui était

toyenne et d'un esclave ne sont donc pas esclaves, mais ils n'ont pas le droit de cité [1]. Faut-il admettre qu'à l'inverse, les enfants nés d'un homme libre et d'une femme esclave suivent encore la condition de leur mère et sont esclaves ? Cette solution peut paraître bien rigoureuse, surtout dans une législation aussi libérale que celle d'Athènes. Elle serait contraire, d'autre part, à la tradition du droit héroïque où, comme nous l'avons vu, ces enfants naissaient libres. On peut, en outre, invoquer dans le sens de la solution la plus libérale ce passage de la *Politique* d'Aristote où celui-ci nous dit que, quand la population abonde, on élimine d'abord de la classe des citoyens ceux qui sont nés d'un père et d'une mère esclave, puis ceux qui sont citoyens du côté des femmes seulement, et qu'enfin l'on n'admet que ceux qui sont nés de deux parents citoyens [2]. De ce passage, qui se réfère probablement à l'évolution qui s'est opérée dans le droit public athénien relativement à la jouissance du droit de cité, on pourrait conclure qu'à l'origine les enfants dont l'un des deux parents seulement était esclave tandis que l'autre jouissait du droit de cité, avaient le droit de cité ; que, sans doute, ce droit leur fut plus tard retiré, mais qu'ils n'en conservèrent pas moins la liberté. Nous serions donc porté à admettre, mais sans que cette solution nous paraisse absolument établie, que l'enfant né d'un homme libre et d'une femme esclave est libre. Ce n'est pas à dire pour

pratiqué chez eux : ἢν μέν γε γυνὴ ἀστή δούλῳ συνοικήσῃ, γενναῖα τὰ τέκνα νενόμισται, ἢν δὲ ἀνὴρ ἀστός, καὶ ὁ πρῶτος αὐτῶν, γυναῖκα ξένην ἢ παλλακὴν ἔχῃ, ἄτιμα τὰ τέκνα γίνεται. Il s'agit, dans ce texte, du droit de cité et non de la liberté. On ne peut d'ailleurs en argumenter par analogie en raison du caractère tout à fait exceptionnel du droit lycien sur ce point. Cf. Mitteis, p. 368, note 2.

(1) Cf. Zimmermann, p. 6.

(2) Aristote, *Polit.*, III, 3, 5 p. 1278 a : εὐποροῦντες δὴ ὄχλου κατὰ μικρὸν παραιροῦνται τοὺς ἐκ δούλου πρῶτον ἢ δούλης, εἶτα τοὺς ἀπὸ γυναικῶν, τέλος δὲ μόνον τοὺς ἐξ ἀμφοῖν ἀστῶν πολίτας ποιοῦσιν.

cela que l'enfant suive, d'une manière générale, la condition de son père, car nous avons vu que celui qui est issu d'une femme libre et d'un esclave naît libre [1]. Pour poser une règle générale, nous dirions, mais non sans une certaine hésitation, que le droit attique avait adopté la règle opposée à celle que proposait Platon, c'est-à-dire, en renversant un terme de l'adage précité : *melioris parentis conditionem sequitur partus* [2].

Il est difficile, du reste, dans le silence des textes relatifs au droit attique sur cette question, d'argumenter par analogie de ce que nous saurions concernant les dispositions d'autres législations grecques sur le même point. Nous ne possédons, en effet, que les règles édictées par la loi de Gortyne, règles qui nous paraissent avoir été tout à fait spéciales à la Crète. Cette loi [3], qui admet des unions régulières, non seulement entre individus de condition égale, libre ou servile, mais encore entre une femme libre et un homme esclave [4], règle la condition des enfants issus d'une union de ce genre d'une manière différente suivant le domicile de ce ménage inégal. Si l'esclave vient chez la femme libre et l'épouse, les enfants naissent libres ; si, au contraire, la femme va demeurer chez l'esclave, les enfants naissent esclaves [5]. La raison de cette différence c'est que, dans le premier cas, la

(1) V. en ce sens : Hruza, II, p. 90.

(2) Si l'on admet que, quand le père est libre, l'enfant suit la condition de celui-ci, on pourrait appliquer aux enfants nés d'une pallaque esclave la célèbre loi de Dracon sur le meurtre dont nous avons précédemment indiqué la portée. V. *supra*, t. I, p. 99.

(3) VI, 56, VII, 1-10.

(4) Il ne semble pas, suivant Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 468), que cette loi admette une pareille union entre un homme libre et une femme esclave.

(5) Cf. sur l'analogie de cette disposition avec celle du sénatus-consulte Claudien qui punissait par la perte de sa liberté la femme qui entretenait, sous certaines conditions, des relations avec l'esclave d'autrui, Bücheler et Zitelmann, p. 66. Le droit attique n'a admis aucune pénalité semblable à celle qu'avait édictée à Rome ce sénatus-consulte.

femme élève en quelque sorte l'esclave à son rang, tandis que, dans le second cas, elle s'abaisse à son niveau [1].

Si l'on admet que l'enfant suit la condition de sa mère, c'est au jour de l'accouchement qu'il faut se placer pour déterminer la condition de la mère et, par suite, celle de l'enfant. Dès lors, si la femme, esclave durant sa grossesse, est devenue libre au jour de l'accouchement, l'enfant naît libre, tandis que si, libre pendant sa grossesse, la mère est esclave au jour de l'accouchement, l'enfant naît esclave. Si l'on décide, au contraire, que l'enfant suit la condition de son père, c'est le jour de la conception qu'il faut considérer pour déterminer cette condition. Ces solutions, bien que n'étant consacrées par aucun texte, nous paraissent trop rationnelles pour n'avoir pas été admises par le droit attique.

2° *Captivité.*

La captivité, c'est-à-dire l'esclavage résultant de la violence et de l'abus de la force sous deux formes différentes, la guerre et la piraterie, est une source de l'esclavage non moins abondante que la naissance.

Tout d'abord la guerre contre les peuples barbares paraissait très légitime aux anciens, et même à des philosophes comme Aristote [2], à la seule fin de les réduire en esclavage. On les regardait comme inférieurs et destinés, comme tels, à servir une race plus intelligente et plus éclairée. Toutefois ce n'était pas là seulement que la captivité faisait ses victi-

(1) Il résulte de cette double règle qu'une mère peut laisser à sa mort des enfants dont les uns sont libres et les autres esclaves. La loi décide alors que ces derniers seront exclus de la succession maternelle par les enfants libres. A défaut d'enfants libres, les enfants esclaves n'héritent même pas et la succession est dévolue aux ayants-droit de condition libre. D'après le livre de droit syro-romain (l. 48, §§ 1 et 2) publié par Bruns et Sachau, les enfants nés d'une femme libre et d'un esclave sont esclaves. Cf. Mitteis, p. 365 et s.

(2) Aristote, *Polit.*, IV (7), 13 § 14.

mes. Depuis les guerres médiques, la guerre se faisait surtout entre les diverses cités de la Grèce, et ce fut aussi parmi les Grecs que la captivité fit des esclaves. C'était une coutume généralement suivie qu'après la prise d'une ville, après avoir égorgé les combattants, on emmenait en captivité les femmes et les enfants, et Xénophon lui-même reconnaît que c'est là une règle éternelle parmi les hommes [1]. Tel fut notamment le sort des habitants de Mélos [2] lorsque leur ville fut prise par les Athéniens, et ceux-ci subirent aussi à leur tour des représailles, comme à la suite du désastre de Sicile [3]. On rencontre bien quelques rares exceptions, comme celles de Callicratidos qui, après la prise de Méthymne, refusa d'en vendre les habitants en disant que, lui général, aucun Grec ne serait livré en servitude [4]. Mais ces exceptions ne font que confirmer la règle.

Les prisonniers faits à la suite d'une bataille rangée tombent également en esclavage, mais la règle était ici de les considérer plutôt comme les prisonniers de l'Etat [5], et ils étaient ordinairement rachetés, soit par voie d'échange avec les prisonniers faits par l'ennemi, soit moyennant le payement d'une rançon dont le taux variait suivant les temps, le nombre et la qualité des prisonniers [6]. Lorsque d'ailleurs on procédait à la vente des prisonniers de guerre, c'était

(1) Xénophon, *Cyrop.*, VII, 5, 73 : νόμος γὰρ ἐν πᾶσιν ἀνθρώποις ἀΐδιός ἐστιν ὅταν πολεμούντων πόλις ἁλῷ, τῶν ἑλόντων εἶναι καὶ τὰ σώματα τῶν ἐν τῇ πόλει καὶ τὰ χρήματα. Cf. Polybe, II, 58, 3.

(2) Thucydide, V, 116,

(3) Cf. Büchsenschütz, p. 111 ; Hermann-Blümner, p. 87, note 1 ; Schück, p. 10; Wallon, I, p. 162.

(4) Xénophon, *Hellen.*, I, 6, §§ 14, 16.

(5) Hérodote, V, 77 : ὅσους δὲ τούτων ἐζώγρησαν, ἅμα τοῖσι Βοίωτων ἐζωγρημένοισι εἶχον ἐν φυλακῇ, ἐν πέδαις δήσαντες, χρόνῳ δὲ ἔλυσαν σφεας, διμνέως ἀποτιμησάμενοι. Cf. Thucydide, IV, 41; Xénophon, *Hellen.*, I, 2, 14; Dion Chrysostome, XV, 14.

(6) Aristote (*Eth. Nicom.*, V, 10, p. 1134 b) ainsi que Diodore de Sicile (XIV, 111) parlent d'une mine comme montant de la rançon. D'après Hérodote (V, 77), les Athéniens auraient rendu les prisonniers de Chalcis pour une rançon

une coutume généralement suivie, à l'honneur des Grecs, de ne point les laisser acheter par des barbares et de ne les vendre qu'à l'intérieur de la Grèce [1].

La guerre n'était qu'un mode de recrutement intermittent de l'esclavage, mais la piraterie y subvenait d'une façon continue. Cet usage, qui date en Grèce de l'époque la plus reculée, se maintint et se développa quand le besoin des esclaves devint plus général, l'activité des pirates étant en même temps stimulée par l'appât d'un gain plus élevé. Une inscription d'Amorgos de la fin du IIIe siècle avant J.-C. a même relaté un de ces incidents si fréquents alors dans la vie des peuples anciens [2]. Les pirates, ainsi qu'en témoigne cette inscription, ne se bornaient pas à capturer sur mer les navires de commerce ; ils faisaient aussi des descentes sur les côtes, emmenant en captivité des femmes et même des hommes [3]. Les pirates pouvaient d'ailleurs deve-

de deux mines. A l'époque de Philippe de Macédoine, on trouve des rançons de trois à cinq mines. Quelquefois la rançon se montait à un taux beaucoup plus élevé. Cf. sur ce point : Hermann-Blümner, p. 87, note 2 ; Büchsenschütz, p. 112, note 4.

(1) Philostrate, *V. Apollon.*, VIII, 7, 12 : Ἕλληνες δὲ ἐλευθερίας ἐρασταὶ ἔτι καὶ οὐδὲ δοῦλον ἀνὴρ Ἕλλην πέρα ὅρων ἀποδώσεται, ὅθεν οὐδὲ ἀνδραποδισταῖς οὔτε ἀνδραπόδων καπήλοις ἐς αὐτοὺς παριτητέα. Plutarque, *Vit. orat. Lycurg.*, § 12, p. 842, rapporte en les termes suivants une loi qu'il attribue à l'orateur Lycurgue : μηδενὶ ἐξεῖναι Ἀθηναίων μηδὲ τῶν οἰκούντων Ἀθήνησιν ἐλεύθερον σῶμα πρίασθαι ἐπὶ δουλείᾳ ἐκ τῶν ἁλισκομένων ἄνευ τῆς τοῦ προτέρου δεσπότου γνώμης. Meier (*de Vita Lycurgi*, p. XXXIX) a proposé, pour donner un sens complet à ce texte, d'intercaler avant le mot ἄνευ les mots μηδὲ δοῦλον. Il y aurait alors dans la loi de Lycurgue une mesure destinée à prévenir l'achat en masse des Grecs par les Macédoniens. Cf. en ce sens : Westermann, *in N. Jahrb.*, XXX, p. 371 ; Hermann, sur Becker, *Chariclès*, III, p. 42 ; Hermann-Blümner, p. 87, note 3 ; Wallon (I, p. 166) entend autrement cette loi et il dit qu'en retenant le prisonnier de guerre sur le seuil de l'esclavage, il semblait qu'on lui ménageait un retour plus facile à la liberté. V. également l'interprétation donnée *infra*, p. 412.

(2) *Corp. inscr. gr.*, II, no 2263. Cf. Wallon, I, p. 107 ; Büchsenschütz, p. 114.

(3) Aristote semble légitimer la piraterie lorsque, dans sa *Politique* (I, 3 § 8), il dit que « la guerre est un moyen naturel d'acquérir puisqu'elle comprend

nir corsaires, et des cités donnent quelquefois des lettres de marque pour enlever des hommes à une cité ennemie, quand elles n'emploient pas leurs propres vaisseaux à des courses de brigandage [1].

A côté de la piraterie qui se faisait avec les formes et l'appareil de la guerre, il y en avait une autre qui s'exerçait au sein même des villes, par la ruse et les moyens secrets. Des hommes, qualifiés d'ἀνδραποδισταί [2], et même des femmes, se livraient à cet odieux métier, ravissant notamment des enfants dans la confusion des jeux ou des fêtes, et la comédie fait même assez souvent allusion à ces sortes de rapts [3]. La loi athénienne s'était préoccupée de prévenir ces attentats, et l'action dirigée contre ce genre de malfaiteurs portait le nom d'ἀνδραποδισμοῦ γραφή. L'instruction de cette action rentrait dans la compétence des Onze, et le coupable pouvait être puni de mort. Il était permis, d'autre part, pour le délit d'ἀνδραποδισμός, d'employer la procédure extraordinaire de l'ἀπαγωγή [4]. Enfin, pour prévenir autant que possible ces rapts d'hommes libres, une loi, que le pseudo-Plutarque [5] attribue à l'orateur Lycurgue, avait décidé que nul ne pourrait traiter avec un marchand d'esclaves sans se faire représenter un certificat constatant que la personne vendue avait déjà servi chez tel maître nominativement désigné. Telle est du moins l'interprétation, fort con-

cette chasse que l'on doit donner aux bêtes fauves et aux hommes qui, pour obéir, refusent de se soumettre (τῶν ἀνθρώπων ὅσοι πεφυκότες ἄρχεσθαι μὴ θέλουσιν) ; c'est une guerre que la nature elle-même a faite légitime. Cf. Platon, *Soph.*, p. 222 b.

(1) Petit, *Leg. att.*, VII, I, 7 ; Wallon, I, p. 168.

(2) Pollux, III, 78 : ἀνδραποδιστὴς δὲ ἐστιν ὁ τὸν ἐλεύθερον καταδουλούμενος ἢ τὸν ἀλλότριον οἰκέτην ὑπαγόμενος. Cf. Bekker, *Anecd.*, I, 219, 2 ; Etymol. magn., p. 102, 7 ; Schol. Aristoph., *Plutus*, v. 521.

(3) Cf. Plaute, *Captiv.* prol., v. 8 et V, 2, v, 908 ; *Cistell.*, v. 125 ; *Curcul.*, v. 951 ; *Menechm.*, prol., v. 33 ; *Pœnulus*, prol., v. 67 et 84.

(4) V. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apagogè*.

(5) Plutarque, *Vit. Orat. Lycurg.*, § 12, p. 842. V. *supra*, p. 411, note 1.

testable d'ailleurs, que donnent de cette loi certains auteurs [1].

3° *Modes de constitution de l'esclavage dérivant du droit civil.*

La naissance et la captivité, dont nous nous sommes occupé jusqu'à présent, peuvent être considérées comme des modes de constitution de l'esclavage se rattachant au *jus gentium*, en ce sens qu'on les trouve admis non seulement à Athènes, mais dans toutes les autres républiques de la Grèce. Il est maintenant plusieurs causes d'esclavage que nous avons à signaler et qui se rattachent au droit civil, au *jus civile*, suivant l'expression employée à Rome. Ces causes, qui sont ordinairement spéciales au droit attique, sont d'ailleurs moins anciennes généralement et aussi moins fécondes que la captivité et la naissance.

(a) *Vente des enfants.* — Le père de famille, ainsi que nous l'avons vu en exposant les règles de la puissance paternelle, avait originairement le droit de vendre ses enfants et de les faire ainsi tomber en esclavage. Mais ce droit fut supprimé par Solon, sauf dans le cas où une fille se serait laissé séduire [2].

(b) *Vente de soi-même.* — La misère, qui contraignait parfois à vendre ou à exposer les enfants, pouvait aussi forcer l'homme libre à se vendre lui-même : la perte de la liberté était compensée par la sécurité que l'on avait d'être sous

(1) Westermann, *in Pauly's Real. Encycl.*, IV, p. 1270; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Andrapodismou graphè.* Cf. sur cette action : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 275 et 458 ; Thonissen, *Droit pénal*, p. 296 ; Reinach, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eleuthéroprasiou dikè*; Büchsenschütz, p. 114, 115 ; Wallon, I, p. 168, 169 ; Hermann-Blümner, p. 83, note 5.

(2) V. *supra*, t. I, p. 93 et s.

l'autorité d'un maître puissant [1]. Il n'était pas rare, à l'époque primitive, qu'un vagabond entrât au service d'un propriétaire pour un an ou pour un nombre d'années indéterminé [2]. Or rien ne l'empêchait de stipuler que l'engagement serait perpétuel, au lieu d'être temporaire, c'est-à-dire de se donner en esclavage [3]. Il est probable toutefois que ce mode de constitution de l'esclavage ne dut pas survivre à la réforme de Solon dont nous allons parler.

(c) *Esclavage pour dettes.* — A l'époque où la propriété appartenait au γένος plutôt qu'à l'individu, celui-ci ne pouvait guère engager que sa propre personne et le corps du débiteur répondait de sa dette. Le créancier pouvait donc, à défaut de paiement, faire vendre son débiteur [4]. Cet état de choses fut prohibé par Solon. Quelle que soit la portée de la réforme opérée par le fameux réformateur et connue sous le nom de σεισάχθεια, il est certain que Solon défendit d'engager son corps pour dettes, κωλύσας δανείζειν ἐπὶ τοῖς σώμασιν [5]. Mais l'esclavage pour dettes paraît avoir subsisté plus longtemps dans les autres cités de la Grèce, même jusque sous la domination romaine [6].

Le droit attique ne maintint l'esclavage pour dettes que dans un seul cas, où il avait, du reste, plutôt le caractère

(1) Posidonios, fr. 16, in *Fragm. hist. gr.*, III, p. 257.

(2) Homère, *Il.*, XXI, 444; Hésiode, *Op. et dies*, 600-603; Hérodote, VIII, 137; Apollodore, III, 4, 2.

(3) Guiraud, p. 123-124. V. toutefois Büchsenschütz, p. 114, note 7.

(4) A Gortyne, de même qu'à Athènes avant Solon, le débiteur insolvable devenait l'esclave ou plutôt le prisonnier de son créancier; il était ἀγώγιμος. Loi de Gortyne, I, 55, II, 1-2. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 450.

(5) Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 6. Cf. Plutarque, *Solon*, 15.

(6) Diodore de Sicile, I, 79 : μέμφονται δὲ τινες οὐκ ἀλόγως τοῖς πλείστοις τῶν παρὰ τοῖς Ἕλλησιν νομοθετῶν, οἵτινες ὅπλα μὲν καὶ ἄροτρον καὶ ἄλλα τῶν ἀναγκαιοτάτων ἐκώλυσαν ἐνέχυρα λαμβάνεσθαι πρὸς δάνειον, τοὺς δὲ τούτοις χρησομένους συνεχώρησαν ἀγωγίμους εἶναι. Etymol. Gud., p. 193 : ἐξελεύθερον μὲν εἶπον τὸν διὰ χρέος ὑπὸ τῷ δανειστῇ γενόμενον δούλου δίκην. V. aussi Lysias, *C. Eratosth.*, § 98. Cf. Hermann-Blümner, p. 86, note 4; Gœll, sur Becker, *Chariclès*, III, 12; Büchsenschütz, p. 115.

d'une peine, à savoir dans le cas où un Athénien, fait prisonnier par l'ennemi, avait été arraché à la captivité par un de ses concitoyens, qui lui faisait l'avance de sa rançon. Si le captif ainsi racheté ne remboursait pas son libérateur dans les délais convenus, il devenait son esclave [1]. En conservant cette sanction rigoureuse, le législateur se préoccupait, d'une part, de multiplier autant que possible les rachats en donnant une forte garantie au créancier libérateur, d'autre part, de réprimer une fraude ou tout au moins une négligence qui n'était pas sans analogie avec l'ingratitude des affranchis qu'atteignait la même peine [2].

La servitude de la dette a persisté beaucoup plus longtemps dans le reste de la Grèce, et, comme nous le verrons en étudiant les garanties des obligations, le débiteur, dans d'assez nombreuses localités, a continué d'être tenu non seulement sur ses biens mais encore sur sa personne.

(c) *Esclavage à titre de peine.* — Dans la législation romaine, les condamnations pénales les plus graves, c'est-à-dire celles *ad metallum* ou *ad bestias*, comme aussi toutes les condamnations à mort, avaient pour conséquence l'esclavage des condamnés, nommés de ce chef *servi pœnæ*. A Athènes, au contraire, sauf les cas que nous venons de signaler du prisonnier qui ne payait pas sa rançon et de l'affranchi ingrat [3], l'esclavage ne pouvait pas être prononcé à titre de peine contre un citoyen. Le législateur qui appliquait si largement la peine de mort, même à des infractions

(1) Démosthène, *Adv. Nicostr.*, § 11 : οἱ νόμοι κελεύουσι τοῦ λυσαμένου ἐκ τῶν πολεμίων εἶναι τὸν λυθέντα, ἐὰν μὴ ἀποδιδῷ τὰ λύτρα. — La loi de Gortyne (VI 46-55) renfermait une disposition semblable. Elle décidait que celui qui avait racheté un citoyen de Gortyne vendu à l'étranger, aurait le droit de retenir chez lui le racheté jusqu'à ce que celui-ci lui eût tout remboursé, c'est-à-dire le prix de la rançon, les intérêts et les frais. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 467, 468 ; Bücheler et Zitelmann, p. 129-130.

(2) Thonissen, p. 409-410.

(3) V. *infra*, p. 502 et s.

qui, dans nos idées modernes, n'ont qu'une gravité fort contestable, n'osait point enlever aux coupables un bien qui lui paraissait beaucoup plus précieux que la vie. La vente comme esclave, nécessairement accompagnée de la confiscation générale, figure néanmoins dans l'échelle pénale du droit attique, mais cette mesure ne frappe que des étrangers.

Un premier cas de ce genre a lieu lorsqu'un étranger est, à la suite d'une γραφὴ ξενίας, convaincu d'avoir usurpé le droit de cité : il est condamné à être vendu comme esclave et ses biens sont confisqués au bénéfice de l'État [1]. Toutefois la rigueur de cette peine avait fait accorder au condamné le droit de réclamer un sursis. Il peut diriger une action en faux témoignage contre ceux sur la poursuite desquels il a été condamné, et l'exécution de la sentence est alors suspendue jusqu'à ce que les juges aient statué sur cette nouvelle accusation; mais, en attendant, le condamné demeure en prison.

Un autre cas, analogue au précédent, est celui que vise la loi citée par Démosthène dans son discours contre Nééra [2] et où un étranger épouse une citoyenne τέχνῃ ἢ μηχανῇ ᾑτινιοῦν. Nous avons précédemment indiqué, en traitant de l'épigamie, la portée exacte de cette loi, qui a été souvent mal interprétée [3].

La vente comme esclave est enfin prononcée dans deux autres cas, à titre de peine contre des métèques qui ne remplissent point les obligations spéciales que leur impose leur condition particulière dans la cité. En premier lieu, tout métèque convaincu de n'avoir pas acquitté la taxe

(1) *Lettres de Démosthène*, III, p. 148, 18; Scholie sur Démosthène, *C. Timocr.*, 741, 19; Hésychius, v° ἐπὶ ξενίᾳ. Cf. Meier, *De bonis*, p. 97; Meier, Schœmann, et Lipsius, p. 440, texte et note 708; Thonissen, p. 339-340.

(2) Démosthène, *C. Neær.*, § 16.

(3) V. *supra*, t. I, p. 203 et s.

nommée μετοίκιον, est vendu comme esclave [1]. Cette rigueur, qui peut paraître exagérée, étant donnée le peu d'importance relative de cet impôt, tient à ce que le μετοίκιον, frappant les seuls métèques, à l'exclusion des citoyens et des étrangers, était la marque de leur condition et fournissait un moyen très commode de contrôler leur état civil. Tout métèque qui s'abstenait de le payer pouvait donc être suspect de vouloir usurper subrepticement le droit de cité [2].

Les métèques ont, à Athènes, une autre obligation, celle de choisir un patron, nommé προστάτης, dont les fonctions n'apparaissent pas très clairement [3], mais dont le rôle est, en tout cas, fort important aux yeux des Athéniens. Si, en effet, le métèque néglige de se choisir un patron, tout citoyen peut diriger contre lui la γραφὴ ἀπροστασίου. En cas de condamnation, les biens du métèque sont confisqués comme ceux des étrangers qui ont usurpé le droit de cité et des affranchis coupables d'apostasie [4]. Cette confiscation n'est, du reste, ainsi qu'on l'admet généralement, qu'une peine accessoire, et il est presque certain que la peine principale est la même que celle qui frappe les métèques convaincus de n'avoir pas payé le μετοίκιον, c'est-à-dire la vente comme esclave. Les grammairiens, en effet, mettent sur la même ligne l'absence de patron et le non-payement de l'impôt [5].

Tels sont les divers cas dans lesquels un homme libre peut être privé de sa liberté à titre de peine. On a néan-

(1) Démosthène, *C. Aristogit.*, I, § 57; Harpocration, v° μετοίκιον; Pollux, III, 56, VIII, 99; Suidas, v° ἀπροστασίου; Photius, v° μετοικίου.

(2) Clerc, p. 20. Meier, *De bonis*, p. 41 et s. estime que la vente se fait à la suite d'une action en justice spéciale qu'il nomme ἀπαγωγὴ πρὸς τοὺς πωλητάς. Mais cette solution est fort contestable. Cf. Clerc, *loc. cit.*

(3) Cf. Clerc, *loc. cit.*, p. 266 et s.

(4) Suidas, v° πωλητής.

(5) V. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 391 ; Clerc, p. 273. — Cf. Platner, *Process*, II, p. 75 ; Heffter, p. 166.

moins prétendu en trouver d'autres. Ainsi d'abord un lexicographe mentionne une infraction qui se trouve en rapport direct avec l'usurpation du droit de cité dont nous avons parlé, et qui aurait eu également l'esclavage pour conséquence. Cette infraction aurait eu lieu quand des citoyens faisaient adopter par un Athénien ou attribuaient frauduleusement à celui-ci des enfants d'étrangers ou d'esclaves. On aurait pu alors agir contre ces enfants au moyen de la γραφὴ ὑποβολῆς, et ils auraient été vendus comme esclaves [1]. Mais cette théorie nous paraît être uniquement le fruit de l'imagination du lexicographe. Il est impossible, en effet, d'admettre que la législation pénale athénienne, qui se caractérisait par sa douceur et son humanité relatives, ait permis d'imputer à des enfants innocents un délit commis par d'autres personnes. En supposant que la fraude en question fût punissable, le châtiment ne devait atteindre que les véritables délinquants, et un enfant libre ne pouvait être privé de sa liberté par la seule raison qu'il avait plu à d'autres de se servir de sa personne pour réaliser une fraude [2].

On doit également considérer comme des œuvres d'imagination les lois, qui, au dire de certains rhéteurs de l'ère chrétienne [3], auraient permis de vendre comme esclaves les courtisanes de condition libre qui auraient osé avoir des servantes, porter des vêtements dorés ou se ceindre la tête

(1) Lexic. Seguer. (Bekker), p. 311 : ὑποβολῆς γραφὴ τί ἐστιν : εἶδος ἐγκλήματος. εἴ τις ἐγκαλοίη τινὶ ὡς ὑποβολιμαῖος εἴη, ἐγράφετο ὑποβολῆς, καὶ ἁλόντα αὐτὸν ἔδει πεπρᾶσθαι.

(2) Cf. en ce sens : Meier, *De bonis*, p. 29 ; Thonissen, p. 342-343 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 411-412.

(3) *Problem. Rhetoric.*, c. 38 : νόμος ἐκέλευε τὴν μεμοιχευμένην πωλεῖσθαι. ἀνὴρ μοιχευθεῖσαν τὴν γυναῖκα κατὰ τὸν νόμον ἤγαγε πωλῆσαι· οὐδενὸς δ' ὠνουμένου, χρῆται αὐτῇ ὡς κακούργῳ ἀνδραπόδῳ. Curius Fortunatus, *Rhet. Schol.* liv. I : « Meretrices, si ancillas habuerint sint publicae ; meretrix aurata veste ne utatur ; si usa fuerit, publicetur. » Marius Victorinus, *in Ciceron. Rhet.* lib. II. « Meretrix coronam auream ne habeto ; si habuerit, publica esto. » Hermogène : « Ἑταίρα, χρυσία εἰ φοροίη, δημοσία ἔστω. » Ces textes sont rapportés par Meier, *De bonis* p. 29-30.

d'une couronne d'or [1]. Il ne faut voir non plus qu'une exagération oratoire dans les discours de Lysias où l'orateur voudrait faire appliquer à Nicomaque et à Philon la peine de la vente comme esclave : au premier, par ce motif que, fils d'esclave affranchi, il n'avait pas convenablement rempli une mission que le peuple lui avait confiée [2], au second, par la raison qu'il avait trahi la liberté publique en ne se joignant pas aux citoyens bannis par les Trente pour renverser les tyrans [3]. Ces pénalités sont manifestement étrangères au droit attique [4]. On a voulu enfin assimiler aux étrangers coupables d'usurpation de droits réservés aux Athéniens et vendus, en conséquence, comme esclaves, les débiteurs du trésor frappés d'atimie et de confiscation qui s'immisçaient dans l'exercice des droits civiques qui leur étaient interdits [5]. Mais cette opinion se trouve manifestement contredite par un plaidoyer de Lysias où l'orateur fait dire à un soldat accusé de n'avoir point payé une amende à laquelle il avait été condamné : « Si je suis condamné injustement, je quitterai cette ville pour aller vivre ailleurs, car dans quel espoir, dans quel but resterais-je parmi mes concitoyens, au milieu d'ennemis dont l'animosité m'est connue et n'ayant aucun moyen d'obtenir justice » [6]. C'est donc que l'accusé n'avait pas à redouter la vente comme esclave, mais seulement la confiscation de ses biens [7].

Dans les différents cas où une personne libre peut être condamnée à être vendue comme esclave, la vente est effectuée par les polètes (πωληταί), magistrats chargés des adju-

(1) Meier, *De bonis*, p. 30 ; Thonissen, p. 410.
(2) Lysias, *C. Nicomach.*, § 27.
(3) Lysias, *C. Philon.*, § 26.
(4) Thonissen, p. 121.
(5) Cf. Platner, *Process*, t. II, p. 122.
(6) Lysias, *Pro milite*, § 21.
(7) Thonissen, p. 356. V. sur la vente comme esclave de l'épouse adultère, *supra*, t. I, p. 242.

dications publiques à Athènes [1]. Jusqu'à la vente, le condamné demeure en prison [2].

4° *Commerce des esclaves.*

Le commerce peut, avons-nous dit, être considéré comme une source dérivée de l'esclavage, et c'est là, du reste, que les autres viennent généralement aboutir. Le commerce s'alimentait surtout dans les pays étrangers où la guerre, la piraterie, l'abus de la puissance paternelle ou de l'autorité des rois ou tyrans pouvaient réduire une masse de personnes à la condition servile. C'est ainsi que la Thrace était devenue un pays producteur d'esclaves, les pères vendant leurs propres enfants aux marchands étrangers [3]. Les principaux marchés d'esclaves étaient à Délos, à Chio et à Bysance et s'approvisionnaient principalement dans les provinces de l'Asie Mineure, en Thrace et en Scythie.

Athènes avait également son bazar, où les esclaves étrangers étaient exposés en vente par des trafiquants ou par des maîtres désireux de les revendre. Il y avait même à Athènes un commerce de réexportation pour d'autres pays, par exemple pour la Sicile [4]. Au milieu de la place publique se trouvait une enceinte spéciale (κύκλος), où se vendaient les ustensiles et les corps, σκεύη καὶ σώματα, car les esclaves n'étaient, à ce point de vue, considérés que comme un meuble quelconque [5]. Exposés, dans le plus simple appareil,

(1) Pollux, VIII, 99.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 958. Meier (*De bonis*, p. 30) dit que le condamné ne peut pas être adjugé au profit d'un particulier et qu'il devient l'esclave de la cité. Mais on ne comprend pas, dans cette théorie, la nécessité d'une adjudication publique. Cf. Schœmann-Galuski, t. I, p. 398.

(3) Hérodote, V, 6.

(4) Démosthène, *C. Phorm.*, § 10.

(5) Hesychius, v° *κύκλος* : καὶ ἐν ἀγορᾷ τόπος, ἔνθα σκεύη καὶ σώματα πιπράσκεται. Cf. Harpocration, v° *κύκλοι* ; Pollux, III, 78, VII, 11 ; Plaute, *Bacch.*, IV,

aux regards des amateurs, les esclaves étaient adjugés par le héraut sur le πρατὴρ λίθος [1]. Quant au prix, il variait naturellement suivant l'âge, le sexe et les qualités des esclaves. Le prix ordinaire, qui était de deux mines, pouvait s'abaisser pour certains esclaves destinés à des travaux inférieurs, et monter, par contre, jusqu'à 100 mines, pour les esclaves instruits et habiles dans quelque art ou quelque industrie [2].

Le législateur avait posé certaines règles spéciales concernant ce commerce des esclaves. Ainsi d'abord il avait établi une action particulière, nommée ἀναγωγῆς δίκη, pour le cas où l'esclave vendu se trouvait atteint de quelque défaut caché ou d'une maladie non apparente, telle que l'épilepsie, sans que le vendeur eût fait connaître à l'acheteur le défaut ou la maladie [3]. D'un autre côté, la loi qui, comme nous l'avons vu [4], punissait sévèrement les ravisseurs d'hommes libres (ἀνδραποδισταί), protégeait les marchands d'esclaves (ἀνδραποδοκάπηλοι) toutes les fois qu'on ne pouvait point les ranger manifestement parmi les premiers, et au dire de Lucien, il était défendu de les maltraiter, sous peine d'ἀποκήρυξις [5]. Cette protection spéciale se justifiait par le profit que retirait le trésor athénien des ventes d'esclaves, car il y avait un impôt sur ces opérations [6].

7, 17 ; Diodore de Sicile, XV, 7. Le marché se tenait ordinairement à l'époque de la nouvelle lune. Schol. Aristoph. *Equit.*, 43. Cf. Hermann-Blümner, p. 85 ; Hermann, sur Becker, *Chariclès*, t. III, p. 16 ; Büchsenschütz, p. 123.

(1) Pollux, III, 78. On rencontre de même, à Rome, l'expression *lapide emptus*.

(2) Cf. sur le prix des esclaves : Wallon, t. I, p. 198 ; Bœckh, t. I, p. 85 et s. ; Hermann, sur Becker, *loc. cit.*, p. 16 ; Hermann-Blümner, p. 85. D'une manière générale, on ne peut accorder une grande autorité aux indications de prix contenues dans les inscriptions d'affranchissement de Delphes, car il s'agit là d'une vente fictive faite au dieu.

(3) Cf. sur cette action : Platner, *Process*, II, p. 342 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 716 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Anagogès dikè*. — V. *infra*, Contrat de vente.

(4) V. *supra*, p. 412.

(5) Lucien, *Abdic.*, c. 21, v. *supra*, p. 138.

(6) Wallon, t. I, p. 174.

CHAPITRE III

CONDITION DES ESCLAVES.

SECTION I

Condition des esclaves dans leurs rapports avec la cité.

L'esclave n'étant considéré, dans le droit attique, que comme une chose susceptible de propriété, comme un corps, σῶμα, il en résulte que, vis-à-vis de l'Etat, l'esclave se trouve dans la même situation qu'un autre objet mobilier quelconque, et qu'en principe il ne peut être l'objet que de la législation civile et non de la législation politique [1]. Cependant à Athènes, pas plus qu'ailleurs, on ne pouvait faire complètement abstraction de la personnalité de l'esclave et l'envisager uniquement comme un de ces animaux auxquels on le compare souvent, bœuf ou cheval. Les Athéniens, non seulement étaient portés par leur humanité relative à tenir compte dans une certaine mesure de la personnalité de l'esclave, mais encore avaient le plus grand intérêt à ménager la population servile qui était si nombreuse dans la cité et qui, à un moment donné, pouvait causer les plus grands embarras et même des dangers fort sérieux. S'il n'y a jamais eu à Athènes de révoltes d'esclaves semblables à celle qui ont failli faire sombrer Rome ou Lacédémone, on y rencontre cependant quelques exemples de rébellions ou de défections en face de l'ennemi [2], qui font comprendre tout l'inté-

(1) Buchsenschutz, p. 142.
(2) Cf. Hermann-Blumner, p. 89, note 1 ; Buchsenschütz, p. 143, 144.

rêt qu'avaient les Athéniens à user de bienveillance envers leurs esclaves [1].

Si donc, au point de vue juridique, les esclaves étaient retranchés de la société civile, ils y occupaient cependant, en fait, une situation assez importante et relativement assez favorisée. Sans parler des esclaves publics ou de ceux nommés χωρὶς οἰκοῦντες qui, comme nous le verrons, avaient une condition privilégiée et pouvaient se livrer à des orgies dont le tableau eût pu révolter le théâtre des Romains [2], il est certain que les esclaves, en général, n'avaient point, vis-à-vis de la cité, cette situation inférieure qu'ils occupaient dans la famille. Ainsi, au témoignage de Démosthène [3], ils jouissaient d'une liberté de langage beaucoup plus grande que les citoyens mêmes de certaines autres villes. Il ne semble point qu'un règlement quelconque ait établi une différence extérieure dans le costume entre les esclaves et les citoyens. Les esclaves ne se distinguaient guère à cet égard des petits bourgeois, si ce n'est que dans les grandes maisons ils étaient souvent mieux vêtus [4]. La seule prohibition concernait les cheveux que les esclaves ne pouvaient laisser croître [5],

(1) Xénophon (*Rep. Ath.*, I, 10) dit, à ce sujet : « Peut-être est-on surpris de ce qu'on laisse les esclaves vivre dans le luxe et quelques-uns dans la magnificence : cet usage est pourtant aussi fondé en raison. Dans un pays où la marine exige des dépenses considérables, on est forcé de ménager les esclaves, même de les laisser libres, si on veut retirer le fruit de leurs travaux. »

(2) Le Stichus de Plaute dit (III, 1. v. 436) :

Atque id ne nos miremini homines servulos
Potare, amare, atque ad cœnam condicere ;
Licet hoc Athenis nobis.

(3) Démosthène, *In Philipp.*, III, § 3 : ὑμεῖς τὴν παρρησίαν ἐπὶ μὲν τῶν ἄλλων οὕτω κοινὴν οἴεσθε δεῖν εἶναι πᾶσι τοῖς ἐν τῇ πόλει, ὥστε καὶ τοῖς ξένοις καὶ τοῖς δούλοις αὐτῆς μεταδεδώκατε, καὶ πολλοὺς ἂν τις οἰκέτας ἴδοι παρ' ὑμῖν μετὰ πλείονος ἐξουσίας, ὅ τι βούλονται, λέγοντας ἢ πολίτας ἐν ἐνίαις τῶν ἄλλων πόλεων, ἐκ δὲ συμβουλεύειν παντάπασιν ἐξεληλάκατε.

(4) Xénophon, *De republ. Athen.*, I, § 10. — Cf. Schœmann-Galuski, I. p. 401 ; Wallon, I, p. 294 ; Gilbert, I, p. 189 ; Hermann-Thumser, p. 415.

(5) Olympiodore, *ad Plat. Alcib.*, p. 148 (éd. Creuzer) : πάλαι γὰρ καὶ τοῖς

mais à Athènes, nombre de citoyens portaient également les cheveux courts [1].

Les esclaves n'étaient point exclus, en principe, des cérémonies religieuses et des sacrifices publics [2]. Ils pouvaient en conséquence, être initiés aux mystères d'Eleusis, s'ils étaient de nationalité grecque [3]. Les esclaves avaient même leurs fêtes particulières : c'était, à Athènes, le premier jour des Anthestéries, consacrées à Bacchus, au nom de qui on leur permettait de venir goûter, comme tous les autres, au vin nouveau, présent du dieu [4]. Par exception, les esclaves étaient exclus de certaines fêtes religieuses, comme celles des Thesmophories [5], ou ne pouvaient entrer dans certains temples, comme ceux de Cérès [6]. Mais, par contre, les esclaves pouvaient être admis dans les thiases, ou associations religieuses d'un caractère privé [7]. Nous voyons même qu'au IIe siècle de notre ère, un esclave lycien put, en Attique, non loin des mines du Laurium, consacrer un sanctuaire au dieu Mèn et y former une association religieuse dont il était le prêtre [8].

Les esclaves n'étaient point exclus de l'armée, ni de la

ὀνόμασι διεκέκριντο οἱ ἐλεύθεροι τῶν δούλων καὶ ταῖς θριξί. Cf. Aristophane, *Aves*, v. 907. V. Hermann-Blümner, p. 92, note 3.

(1) Wallon, I, p. 294 ; Schœmann-Galuski, I, p. 401.

(2) Démosthène, *C. Neær.*, § 85 : οὐκέτ' ἔξεστιν αὐτῇ ἐλθεῖν εἰς οὐδὲν τῶν ἱερῶν καὶ δημοτελῶν, εἰς ὃ καὶ ξένην καὶ τὴν δούλην ἐλθεῖν ἐξουσίαν ἔδοσαν οἱ νόμοι καὶ θεασομένην καὶ ἱκετεύσουσαν εἰσιέναι. Cf. Büchsenschütz, p. 149 ; Hermann-Blümner, p. 82 ; Gilbert, I, p. 189 ; Schœmann-Galuski, I, p. 401. V. toutefois Wallon, I, p. 296.

(3) Démosthène, *C. Neær.*, § 21. Cf. Büchsenschütz, p. 149.

(4) Proclus, sur Hésiode, *Op. et dies*, p. 366 ; Etymol. magn., p. 109, 16 ; Démosthène, *C. Mid.*, § 53. Il en était de même dans d'autres villes de la Grèce. Cf. Wallon, I, p. 297 ; Büchsenschütz, p. 149. En Crète, à certaines fêtes en l'honneur d'Hermès, les esclaves, assis aux tables des repas, se faisaient servir par leurs maîtres. Cf. Antigonos de Carystos, cité par Athénée, XIV, 639 *b*.

(5) Aristophane, *Thesmoph.*, v. 294.

(6) Isée, *De Philoct. her.*, § 50.

(7) Wallon, I, p. 196.

(8) Foucart, *Associat. relig.*, p. 121 et 219 ; Wallon, I, p. 297.

flotte. Ils jouaient même sur celle-ci un rôle considérable, et plusieurs fois la liberté leur fut accordée en masse en récompense de leur conduite pendant la guerre [1].

A certains points de vue cependant, il existe une ligne de démarcation entre les citoyens et les esclaves. Il était interdit à ceux-ci de fréquenter les gymnases et les palestres où se réunissaient les citoyens [2] et, à plus forte raison, les assemblées du peuple [3]. Une loi de Solon, citée par plusieurs auteurs, aurait interdit aux esclaves, sous peine de cinquante coups de fouet, d'aimer ou de suivre un jeune garçon de condition libre [4]. On raconte aussi qu'en Grèce l'exercice des arts libéraux, comme la peinture ou la sculpture aurait été interdit aux esclaves [5]. Mais cette prohibition n'est rien moins que certaine.

Une différence assez importante entre les hommes libres et les esclaves a trait à la répression pénale. L'amende, qui joue un si grand rôle dans la législation criminelle de l'Attique, est une peine qui ne frappe que les hommes libres; l'esclave, au contraire, comme le dit Démosthène [6], répond toujours avec son corps, c'est-à-dire subit un châtiment corporel là où l'homme libre n'est condamné qu'à une peine pécuniaire. Spécialement, d'après une inscription attique [7], là où l'hom-

(1) Bœckh, I, p. 329.

(2) Eschine, *C. Timarch.*, § 138 : δοῦλον μὴ γυμνάζεσθαι μηδὲ ξηραλοιφεῖν ἐν ταῖς παλαίστραις. Une inscription d'Argos (*Corp. inscr. gr.*, I, n° 1122) porte, au contraire : τὸ τ' ἔλαιον θέντα ἐν παντὶ γυμνασίῳ καὶ βαλανείῳ ἀδεῶς ἀπὸ πρωίας ἄχρις ἡλίου δύσεως παντὶ ἐλευθέρῳ καὶ δούλῳ. Cf. n° 1123, *ibid.*

(3) Schœmann-Galuski, I, p. 401.

(4) Eschine, *C. Timarch.*, § 139 : δοῦλον ἐλευθέρου παιδὸς μήτ' ἐρᾶν μήτ' ἐπακολουθεῖν ἢ τύπτεσθαι τῇ δημοσίᾳ μαστίγι πεντήκοντα πληγάς. Cf. Plutarque, *Solon*, 1 ; *Amat.*, IV, 11.

(5) Pline, *Hist. nat.*, XXXV, § 77.

(6) Démosthène, *C. Timocr.*, § 167 : τί δοῦλον ἢ ἐλεύθερον εἶναι διαφέρει, τοῦτο μέγιστον ἄν εὕροιτε, ότι τοῖς μὲν δούλοις τὸ σῶμα τῶν ἀδικημάτων ἁπάντων ὑπεύθυνόν ἐστι· τοῖς δ'ἐλευθέροις ὕστατον τοῦτο προσήκει κολάζειν. Cf. Démosthène, *C. Androt.*, § 55.

(7) 'Εφημ. ἀρχ., n° 3139. inscription citée par Foucart dans son commen-

me libre était condamné à payer une amende de 50 drachmes, l'esclave avait à recevoir 50 coups de fouet. Aussi Platon, ne faisant sur ce point que conformer ses préceptes à ceux du législateur athénien, établit-il toujours, dans son *Traité des Lois*, une inégalité notable entre la répression des délits commis par les hommes libres et celle des infractions imputables aux esclaves. C'est ainsi qu'en cas de meurtre commis par un esclave, celui-ci est conduit par le bourreau en vue du tombeau de sa victime, battu de verges et mis à mort [1] [2].

L'esclave, n'ayant juridiquement aucune personnalité, n'a point d'action devant les tribunaux : c'est, ainsi que nous le verrons, son maître qui le représente à cet égard comme à tous autres. Si toutefois l'esclave ne pouvait figurer dans un procès comme partie principale, il était quelquefois nécessaire de l'y appeler subsidiairement pour qu'il témoignât des faits litigieux auxquel il avait pu assister. Le principe, à cet égard, est qu'un esclave est incapable de déposer à titre de témoin, sauf peut-être contre celui qui est accusé de meurtre [3]. En toute autre hypothèse, on n'admet pas son témoignage libre et on ne l'interroge que par la

taire sur l'inscription des mystères d'Andanie où se trouve la même distinction. Cf. Lebas, *Voyage archéol. en Grèce*, IIe part., n° 526, a, l. 75 et s.

(1) Platon, *Leges*, VIII, p. 845 et IX, p. 865 et 881. Cf. *Leges*, VI, p. 338 : κολάζειν γε μὴν ἐν δίκῃ δούλους δεῖ, καὶ μὴ νουθετοῦντας, ὡς ἐλευθέρους θρύπτεσθαι.

(2) Peut-être le châtiment connu sous le nom d'ἀποτυμπανισμός, et qui consistait à assommer le condamné à coups de bâton, était-il réservé aux esclaves et aux étrangers. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apotympanismos*. — Cf. sur les peines appliquées aux esclaves, Hermann, sur Becker, *Chariclès*, t. III p. 36-38.

(3) Antiphon, *De cæde Her.*, § 48 : εἴπερ γὰρ καὶ μαρτυρεῖν ἔξεστι δούλῳ κατὰ τοῦ ἐλευθέρου τὸν φόνον. Platon, *Leges*, XI, p. 937 a : δούλῃ δὲ καὶ δούλῳ καὶ παιδὶ φόνου μόνον ἐξέστω μαρτυρεῖν καὶ συνηγορεῖν. Cf. Gilbert, I, p. 189; Müller-Busolt, IV, 1, p. 13 et 196 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 875, note 306. D'autres auteurs estiment cependant que, dans le texte d'Antiphon, le mot μαρτυρεῖν est pris dans le sens de μηνύειν, et qu'ainsi les esclaves pouvaient seulement dénoncer le meurtre. Platner, *Process*, I, p. 215 ; Guggenheim, *Die Bedeutung der Folterung im Attischen Processe* (Zürich, 1882), p. 3 et s.; Hermann-Thalheim, p. 22, note 7.

torture [1]. Dans la cité où l'esclave était cependant traité avec le plus d'humanité relative, cet usage barbare se perpétua très longtemps, et on en trouve non seulement la trace dans tous les procès, mais encore la justification dans les discours des orateurs, Lysias, Antiphon, Isée, Isocrate, Démosthène ou Lycurgue. Antiphon [2] notamment, mettant en opposition les deux natures libre et servile et les moyens de leur faire rendre témoignage, à savoir, pour l'homme libre le serment et pour l'esclave la torture, dit de celle-ci « qu'elle tire nécessairement la vérité de l'esclave, alors même qu'elle doit lui coûter la vie, parce que le sentiment de la douleur présente agit avec bien plus de force que la crainte du mal à venir. » Aussi la torture paraît-elle aux orateurs comme aux philosophes et aux juges le mode de preuve le plus convaincant et, en cas de conflit entre le témoignage d'un homme libre et la déposition d'un esclave soumis à la torture, on n'hésite pas à donner la préférence à cette dernière [3]. La torture est, en quelque sorte, un témoignage à l'état de fait [4], c'est une preuve corporelle, un témoignage du corps, suivant les expressions de Démosthène, ἐν τῷ δέρματι

(1) La loi de Gortyne (II, 11 et s.) reconnaît à l'esclave le droit de prêter témoignage sous la foi du serment dans un cas, celui où une femme esclave est violée par son maître. Le serment lui est même déféré de préférence à son maître et il fait foi. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 427 ; Bücheler et Zitelmann, p. 102.

(2) Antiphon, *Sup. chor.*, § 25.

(3) Isée, *De Cir. her.*, § 12 : ὁπόταν δοῦλοι καὶ ἐλεύθεροι παραγένωνται καὶ δέῃ εὑρεθῆναί τι τῶν ζητουμένων, οὐ χρῆσθε ταῖς τῶν ἐλευθέρων μαρτυρίαις, ἀλλὰ τοὺς δούλους βασανίζοντες οὕτω ζητεῖτε εὑρεῖν τὴν ἀλήθειαν τῶν γεγενημένων. — Aristote (*Rhet.*, I, 15) enseigne également que le seul témoignage qui puisse être considéré comme sincère est celui de l'esclave mis à la question, ὅτι ἀληθεῖς μόναι τῶν μαρτυριῶν εἰσιν. Il faut ajouter que l'objection n'a point échappé au philosophe : « Les tourments, dit-il, ne portent pas moins les hommes à mentir qu'à dire la vérité ; car les uns endurent tout plutôt que de la faire connaître ; les autres la trahissent facilement pour arriver promptement au terme de leurs souffrances » (*ibid.*).

(4) Lycurgue, *C. Leocr.*, § 29 : βασανίζειν καὶ τοῖς ἔργοις μᾶλλον ἢ τοῖς λόγοις πιστεύειν.

τὸν ἔλεγχον διδόναι, ἔλεγχος τοῦ σώματος [1]. Aussi offrait-on ou demandait-on très souvent dans les procès des esclaves pour la question, comme il arrive aujourd'hui de déférer le serment à son adversaire, et le refus de recourir à cette preuve pouvait quelquefois suffire pour que l'accusé fût tenu pour convaincu du crime qu'on lui reprochait [2]. Ni l'âge, ni le sexe ne pouvaient soustraire les esclaves à cette odieuse pratique, et les femmes y étaient peut-être exposées plus souvent que les hommes, comme étant les témoins les plus ordinaires des faits intérieurs dont les conséquences se discutaient devant les tribunaux [3]. Les dommages résultant des mutilations subies par les esclaves étaient aux frais soit du demandeur, soit de celui qui offrait la preuve par la question, et les exécuteurs appréciaient eux-mêmes le dommage [4]. La preuve par la question s'administrait à la suite d'une sommation nommée πρόκλησις εἰς βασάνον et conformément à des règles de procédure que nous n'avons pas à indiquer ici [5].

La loi qui se montrait si rigoureuse à l'égard de l'esclave, au point de vue que nous venons de signaler, reconnaissait, par contre, sa personnalité par la protection qu'elle lui accordait contre certains attentats dirigés contre sa personne ou contre sa vie. Ainsi d'abord, tandis qu'à Sparte l'esclave était abandonné aux insultes publiques, à Athènes la γραφὴ ὕβρεως était recevable contre celui qui maltraitait un esclave. C'est ce qu'attestent formellement Eschine et Démosthène [6]. Il peut paraître singulier que l'on ait ouvert en

(1) Démosthène, *C. Timoth.*, § 55. Cf. Démosthène, *C. Onetor.*, § 37; *C. Euerg. et Mnes.*, § 8. V. les autres textes cités par Meier, Schœmann et Lipsius, p. 889; Guggenheim, *loc. cit.*, p. 64 et s.; Wallon, I, p. 322 et s.; Hermann, sur Becker, *Chariclès*, III, p. 35.

(2) Plutarque, *Vita X orat. Andoc.*, §§ 3 et 4. Cf. Wallon, I, p. 328.

(3) Cf. Wallon, I, p. 328 et les textes cités par cet auteur à la note 4.

( ) Cf. Démosthène, *C. Pantænet.*, §§ 40-42; *C. Neær.*, § 124.

(5) V. sur ce point : Guggenheim, *op. cit.*; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 889 et s.

(6) Eschine, *C. Timarch.*, § 16 : ἄν τις Ἀθηναίων ἐλεύθερον παῖδα ὑβρίσῃ,

pareil cas l'action ὕβρεως, attendu que l'ὕβρις, comme le dit Aristote [1], a pour caractère propre de déshonorer, et qu'on ne comprend pas comment un esclave, qui n'est juridiquement qu'un corps, σῶμα, peut être déshonoré. La disposition de la loi s'explique cependant par cette idée que le législateur s'est moins préoccupé de protéger directement la personne de l'esclave que de réprimer un acte dangereux pour la paix publique, alors surtout qu'en fait rien ne distinguait extérieurement un esclave d'un homme libre [2].

Malgré les témoignages formels des orateurs précités, certains auteurs ont prétendu restreindre la portée de la loi protectrice dont nous nous occupons, et ils enseignent que les seuls outrages dont Eschine et Démosthène se préoccupent quand ils parlent de la γραφὴ ὕβρεως intentée à propos des esclaves, sont ceux qui résultent d'un attentat à la pudeur, ὕβρις δι' αἰσχρουργίας, mais non ceux qui peuvent avoir pour cause des coups donnés à l'esclave (διὰ πληγῶν). Ces coups peuvent seulement donner ouverture à la δίκη αἰκίας, ou, s'ils ont occasionné une lésion à l'esclave battu, conférer à son maître le droit de réclamer une indemnité par la δίκη βλάβης [3]. On allègue, en ce sens, un passage d'Aristote où cet auteur indique comme exemple de faux enthymème, εἴ τις φαίη τὸ τύπτειν τοὺς ἐλευθέρους ὕβριν εἶναι· οὐ γὰρ πάντως ἀλλ'

γραφέσθω ὁ κύριος τοῦ παιδὸς πρὸς τοὺς θεσμοθέτας... ἔνοχοι δὲ ἔστωσαν ταῖσδε ταῖς αἰτίαις καὶ οἱ εἰς τὰ οἰκετικὰ σώματα ἐξαμαρτάνοντες. Démosthène, *In Mid.*, § 47 : ἐάν τις ὑβρίσῃ εἴς τινα ἢ παῖδα ἢ γυναῖκα ἢ ἄνδρα τῶν ἐλευθέρων ἢ τῶν δούλων ἢ παράνομόν τι ποιήσῃ εἰς τούτων τινά, γραφέσθω πρὸς τοὺς θεσμοθέτας ὁ βουλόμενος Ἀθηναίων, οἷς ἔξεστιν. C'est également ce que dit Athénée (VI, 666 f), en se référant à Hypéride : ἔθεσαν οὐ μόνον ὑπὲρ τῶν ἐλευθέρων, ἀλλὰ καὶ ἐάν τις εἰς δούλου σῶμα ὑβρίσῃ, γραφὰς εἶναι κατὰ τοῦ ὑβρίσαντος.

(1) Aristote, *Rhet.*, I, 13, 10. Cf. Lex. Seguer., (Bekker) 355, 23 : ὕβρις δὲ καὶ ἄνευ πληγῶν μετὰ προπηλακισμοῦ καὶ ἐπιβουλῆς.

(2) Démosthène, *In Mid.*, § 46 : οὐ γὰρ ὅστις ὁ πάσχων ᾤετο δεῖν σκοπεῖν, ἀλλὰ τὸ πρᾶγμα ὁποῖόν τι τὸ γιγνόμενον· ἐπειδὴ δ' εὗρεν οὐκ ἐπιτήδειον, μήτε πρὸς δοῦλον μήθ' ὅλως ἐξεῖναι πράττειν ἐπέταξεν. Cf. Eschine, *C. Timarch.*, § 17.

(3) Meier et Schœmann, *Attische Process*, 1[er] éd., p. 325 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 202, note 19.

ὅταν ἄρχῃ χειρῶν ἀδίκων [1], et on en conclut que l'on peut impunément outrager et maltraiter l'esclave d'autrui. On tire un autre argument, dans le même sens, du discours de Démosthène contre Nicostrate où l'on voit que celui-ci et son frère, voulant compromettre leur adversaire, envoyèrent chez lui un enfant libre avec ordre d'arracher des rosiers en fleur. « Si je l'eusse surpris, dit l'orateur, et que je l'eusse lié ou frappé, le prenant pour un esclave, ils intentaient contre moi la γραφὴ ὕβρεως [2]. »

Ces arguments ne nous paraissent nullement de nature à ébranler la conclusion qui ressort si manifestement des textes précités d'Eschine et de Démosthène. En ce qui concerne d'abord le passage tiré d'Aristote, tout ce qui en résulte, à notre avis, c'est que, dans le langage ordinaire, l'expression ὕβρις était restreinte au mauvais traitement des hommes libres, mais non que le législateur eût exclu la γραφὴ ὕβρεως du moment qu'il s'agissait d'un esclave. Quant au plaidoyer contre Nicostrate, il prouve simplement que les esclaves saisis en flagrant délit pouvaient être impunément battus par la partie lésée, mais il ne s'ensuit nullement qu'un homme libre ait eu le droit de maltraiter un esclave innocent. Cette solution serait d'abord en contradiction avec ce que dit, en termes généraux, l'auteur de la *Respublica Atheniensium* [3] qu'il était défendu de frapper un esclave. Athénée [4] va même jusqu'à dire qu'un esclave avait le droit de citer son maître en justice quand celui-ci le maltraitait. C'est là évidemment une exagération, mais cette exagération même prouve combien l'esprit de la législation athénienne était opposé à la solution que nous combattons. Platon enfin, dans son *Traité des Lois* [5], déclare aussi, d'une manière générale,

(1) Aristote, *Rhetor.*, II, 24, 9, p. 1401, a.
(2) Démosthène, *C. Nicostr.*, § 16.
(3) Pseud. Xénophon, *De Repub. Ath.*, I, 10.
(4) Athénée, VI, 19.
(5) Platon, *Leges*, VI, 777, d.

que l'on ne doit commettre aucun outrage envers les esclaves, μήτε τινὰ ὕβριν ὑβρίζειν εἰς τοὺς οἰκέτας. Nous admettrons donc que la γραφὴ ὕβρεως est possible à l'occasion des mauvais traitements exercés contre un esclave dans tous les cas où elle le serait à propos d'une ὕβρις commise contre un homme libre. Que si l'ὕβρις dont l'esclave est la victime entraîne des conséquences dommageables pour le maître, celui-ci peut intenter en outre la δίκη βλάβης afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui a été causé [1].

L'esclave, protégé dans sa personne de la manière que nous venons de voir, le serait pareillement dans sa vie, du moins d'après certains auteurs [2], par une autre disposition qui n'honore pas moins la législation athénienne et qui punit le meurtre de l'esclave à l'égal de celui de l'homme libre [3]. Ce n'était point là, du reste, une menace purement théorique, car Démosthène [4] nous apprend que plusieurs ont payé de leur vie cette infraction à la loi sur le meurtre.

(1) Cf. en ce sens : Hermann-Thumser, p. 416 ; Müller-Busolt, IV, 1, p. 196 ; Hermann-Thalheim, p. 39 ; Gilbert, I, p. 190 ; Schœmann-Galuski, I, p. 400 ; Hermann, sur Becker, *Chariclès*, t. III, p. 29 ; Thonissen, p. 266 et s. ; Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 392 et s. et *Phil. Anz.*, VII, 245.

(2) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Aikias dikè*. Nous admettons d'ailleurs, avec Caillemer, que lorsque des coups ont été portés à un esclave, on ne peut agir que par l'action publique, γραφὴ ὕβρεως, et qu'il ne peut y avoir lieu à l'action privée, δίκη αἰκίας.

(3) Wallon, I, p. 313 ; Meier, *De bonis*, p. 23.

(4) Antiphon, *De cæde Her.*, § 48 : ἡ ψῆφος ἴσον δύναται τῷ δοῦλον ἀποκτείναντι καὶ τῷ ἐλεύθερον. Cf. Euripide, *Hécub.*, v. 286. Cette interprétation du texte précité d'Antiphon est toutefois fort contestable, et, d'après certains auteurs, ce texte signifie seulement que le vote des juges a une égale et sérieuse importance dans les deux cas, qu'il s'agisse du meurtre d'un homme libre ou de celui d'un esclave. Le meurtre d'un métèque n'étant puni que du bannissement, il est difficile de croire que le châtiment ait pu être plus sévère pour le meurtre d'un esclave. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 379, note 520 ; Büchsenschütz, p. 151 ; Hermann-Thumser, p. 358, note 6. Un passage de Lycurgue (*C. Leocr.*, § 65) paraît toutefois confirmer l'interprétation la plus rigoureuse que nous avons admise au texte : οὐδὲ τὸν μὲν οἰκέτην ἀποκτείναντα ἀργυρίῳ ἐζημίουν, τὸν δὲ ἐλεύθερον εἴργον τῶν νομίμων· ἀλλὰ ὁμοίως ἐπὶ πᾶσι καὶ τοῖς ἐλαχίστοις παρανομήσασι θάνατον ὥρισαν εἶναι τὴν ζημίαν.

Une dernière disposition également protectrice de la personne de l'esclave, mais qui peut aussi avoir été inspirée par le désir de sauvegarder les intérêts du maître, est celle qui punit le rapt d'un esclave de la même manière que le rapt d'une personne libre : dans les deux cas il y a lieu à la γραφὴ ἀνδραποδισμοῦ [1].

Nous aurons, au surplus, à signaler dans la section suivante, les dispositions de la loi destinées à protéger la personne de l'esclave contre les abus de pouvoir du maître.

SECTION II

Condition des esclaves dans leurs rapports avec leur maître.

L'esclave n'est, par rapport à son maître, considéré que comme une chose possédée quelconque, κτῆμα τι ἔμψυχον, un instrument animé, ὄργανον ἔμψυχον, un corps, σῶμα, mais sans raison propre. Le moteur de cet instrument, l'âme et la raison de ce corps, c'est le maître. « Le maître est pour moi, dit Ménandre, la cité, l'asile, la loi, l'arbitre absolu du juste et de l'injuste ; c'est pour lui seul qu'il me faut vivre [2]. » Avec cette conception de l'esclavage, l'Etat n'a point, en principe, à intervenir dans les rapports du maître et de l'esclave : le premier a, vis-à-vis du second,

(1) Démosthène, *In Mid.*, § 49.

(2) Schol. ad Aristoph. *Plutus*, 521 : ἀνδραποδιστὴς οὐ μόνον ὁ τοὺς ἐλευθέρους δι' ἀπάτης ἀπάγων εἰς δουλείαν, ἀλλὰ καὶ ὁ τοὺς δούλους ἀπὸ τῶν δεσποτῶν, ἀποσπῶν εἰς ἑαυτὸν ἐπὶ τῷ ἀπαγαγεῖν ἀλλαχοῦ καὶ διαπωλῆσαι. Cf. Bekker, *Anecd.*, I, p. 219 ; Harpocration, v° ἀνδραποδιστής ; Isocrate, *De permut.* § 90 ; Démosthene, *In Philipp.*, I, § 47 ; Aristophane, *Plutus*, v. 518 et s. V. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 275 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Andrapodismou graphè.*

(3) Stobée, *Floril.*, LXII, 34. Cf. Wallon, I, p. 408 ; Hermann-Blümner, p. 81,

le même droit d'user, de jouir et d'abuser qui lui appartient vis-à-vis de tout autre objet compris dans son patrimoine. Tel est le principe dont nous avons maintenant à indiquer les différentes applications en signalant en même temps les limitations qui ont pu y être apportées [1].

A. — *Droits du maître sur la personne de l'esclave.* — Un des premiers droits du maître est de régler à son gré l'emploi des différents esclaves qu'il possède. Il est entièrement libre de les affecter à tels ou tels travaux, en tenant compte ou non de leurs qualités physiques ou intellectuelles. Le maître peut, en conséquence, les occuper soit au service intérieur de la maison, soit aux travaux des champs, soit à des exploitations industrielles ou commerciales [2]. Si, par exemple, le maître exploite lui-même ses propriétés rurales, il peut confier la direction et la surveillance de ses travailleurs esclaves à un autre esclave, ἐπίτροπος [3]. Quelquefois le maître se décharge entièrement sur ses esclaves de l'administration de ses affaires afin de pouvoir s'occuper librement des affaires publiques [4]. Aux attributions si diverses des esclaves correspondait naturellement une grande diversité de condi-

(1) L'esclave peut, non seulement appartenir à un seul maître, mais encore être la copropriété de deux ou plusieurs personnes. C'est ainsi que, d'après Démosthène (*C. Neær.*, § 29) Timanoridas et Eucratès s'étaient associés pour acheter Néèra qui, d'après la loi de Corinthe, devint leur esclave commune à tous deux. Il n'y a pas de raison pour que la loi d'Athènes ait été différente. Les inscriptions de Delphes mentionnent des cas assez nombreux où l'esclave appartenait à plusieurs maîtres, hommes ou femmes. Le cas le plus fréquent est celui d'une copropriété entre mari et femme. Cette communauté de possession se retrouve aussi entre frères et sœurs, et elle a alors pour cause un héritage. On rencontre enfin des esclaves appartenant à plusieurs maîtres qui ne sont unis entre eux par aucun lien de parenté et qui de plus ne sont pas de la même ville. Cf. Foucart, *Mém. sur l'affranch.*, p. 6.

(2) V. sur l'emploi des esclaves : Wallon, I, p. 181 et s.; Hermann, sur Becker, *Chariclès*, t. III, p. 23 et s.

(3) Xénophon, *Econom.*, 12, 2.

(4) Aristote, *De republ.*, I, 7; Xénophon, *Econom.*, I, 5.

tion en fait, et ceux qui occupaient des postes de confiance étaient naturellement bien mieux traités que les domestiques employés aux travaux infimes ou pénibles. En général, du reste, comme nous l'avons déjà observé, les Athéniens avaient la réputation de se distinguer des autres Grecs par leur humanité dans leurs rapports avec les esclaves.

En devenant possesseur d'un esclave, à quelque titre que ce soit, le maître peut lui donner le nom qu'il lui plaît [1], nom généralement tiré de l'origine et des occupations de l'esclave, mais quelquefois aussi emprunté aux personnages célèbres de la mythologie ou de l'histoire [2], à l'exception toutefois de certains noms particulièrement respectés, comme ceux d'Harmodius et d'Aristogiton [3].

En échange des services divers qu'il exige de son esclave, le maître lui donne la nourriture et le vêtement, le tout, du reste, à son bon plaisir et selon l'intérêt qu'il peut avoir au bien-être et à la conservation d'un esclave qui est son bien et qui représente une certaine valeur [4]. Quelquefois aussi, lorsqu'il s'agit d'un esclave attaché à son service domestique, le maître, après la mort de celui-ci, témoigne de son affection en le recueillant dans le tombeau de famille ou même en lui élevant quelque monument [5].

L'autorité que le maître possède sur l'esclave lui confère un droit discrétionnaire de correction. Les coups sont le châtiment ordinaire de l'esclave rebelle [6]. Mais le maître a à sa disposition d'autres punitions dont Pollux nous a énu-

(1) Suidas, v° Φιλόξενος : οὗτος ἠγοράσθη ὑπὸ Ἀγεσύλου τινὸς καὶ **Μύρμηξ** ἐκαλεῖτο. Cf. Platon, *Cratyl.*, p. 384 d.

(2) Cf. sur les noms des esclaves : Büchsenschütz, p. 118 et s., 181 et s.; Hermann-Blümner, p. 92-93 ; Wallon, I, p. 287 ; Wescher et Foucart, *Inscriptions recueillies à Delphes.*

(3) Aulu-Gelle, *Noct. att.*, IX, 2 ; Athénée, XIII, p. 587 c.

(4) Cf. Wallon, I, p. 287, 288 et les indications qu'il donne sur ce point.

(5) Wallon, t. I, p. 299.

(6) V. les inscriptions de Delphes, n°s 134 et 354, *in* Wescher et Foucart, et n° 3, *in* Curtius, *Anecdota delphica*. Cf. Foucart, *Mém. sur l'affranch.*, p. 36.

méré toutes les variétés, moulins, cachots, geôles, entraves, roues, échelles, privation de nourriture, etc., avec toute une série d'exécuteurs et de bourreaux [1]. Les esclaves peuvent aussi être marqués au fer rouge sur le front ou ailleurs [2].

Le droit du maître sur son esclave doit, de même que celui du père sur son enfant, et à plus forte raison, aller jusqu'au pouvoir de le mettre à mort. Ce pouvoir lui est, en effet, reconnu d'une manière absolue à l'époque homérique [3]. Le législateur apporta plus tard certaines restrictions à ce droit exorbitant, mais moins peut-être dans des vues d'humanité tirées de la personne de l'esclave que dans des considérations d'intérêt général afin de prévenir des actes de violence privée [4]. La loi athénienne, en conséquence, interdit au maître de mettre à mort son esclave, et la sanction de cette défense, sans être aussi rigoureuse que celle qui frappait l'homicide ordinaire, paraît avoir été celle qui était édictée pour l'homicide involontaire [5]. Il était toutefois impossible, en cas de meurtre d'un esclave, d'appliquer exactement au maître la disposition de la loi qui condamnait le coupable à l'exil jusqu'à ce qu'il eût composé avec les parents de sa victime, puisqu'ici la victime n'avait pas de famille légale. Aussi l'expiation devait-elle consister dans une sorte

(1) Pollux, III, 78, 79. Cf. Aristophane, *Plutus*, 276; Xénophon, *Memorab.*, II, 1, 16; Athénée, VI, p. 272 e; Schol. ad Aristoph., *Plutus*, 476. Cf. sur les châtiments infligés aux esclaves : Hermann, sur Becker, *Chariclès*, III, p. 36 et s.; Wallon, I, p. 309-310; Büchsenschütz, p. 158-159.

(2) Aristophane, *Aves*, 759. Cf. Hermann, *loc. cit.*; Büchsenschütz, *loc. cit.*

(3) Homère, *Odyssée*, 3, v. 743. Cf. Büchsenschutz, p. 150.

(4) Cf. Démosthène, *In Mid.*, § 46; Eschine, *C. Timarch.*, § 17. V. Büchsenschütz, p. 150.

(5) Eschine, *Schol.*, II, 87 : ἐπὶ Παλλαδίῳ... οἱ δὲ ἐν τούτῳ τῷ δικαστηρίῳ δικάζοντες ἐκαλοῦντο ἐφέται, ἐδίκαζον δὲ ἀκουσίου φόνου καὶ βουλεύσεως καὶ οἰκέτην ἢ μέτοικον ἢ ξένον ἀποκτείναντι. C'est ainsi qu'Isocrate (*C. Callim.*, § 52), nous montre un certain Cratinos, accusé d'avoir tué une de ses esclaves, traduit devant le tribunal du Palladion. Cf. sur ce tribunal : Schœmann-Galuski, I, p. 530 et s.; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 11 et s.

de sacrifice purificatoire auquel Antiphon fait allusion dans un de ses plaidoyers [1]. Alors même que l'esclave avait mérité le dernier supplice, qu'il avait tué son maître et avait été pris en flagrant délit, les parents du défunt ne pouvaient point eux-mêmes le mettre à mort, mais devaient le livrer aux magistrats pour que ceux-ci lui appliquassent les peines prescrites par les lois [2]. Platon n'a guère fait que transcrire les dispositions de la loi athénienne dans son *Traité des Lois*. Il décide d'abord que le maître qui tue son esclave involontairement ou même par colère n'encourt aucune peine, mais doit se soumettre à la purification prescrite par la loi religieuse. Quant à l'homme qui tue l'esclave d'autrui croyant avoir affaire au sien, il subit la même purification et, en outre, il doit payer au maître le double de la valeur de l'esclave [3]. Les règles observées dans le droit attique paraissent d'ailleurs avoir été suivies dans d'autres cités grecques [4].

On a prétendu qu'en temps de guerre les pouvoirs du maître subissaient une restriction et qu'il ne lui était plus permis alors de battre ses esclaves [5]. Mais la prétendue loi qui aurait existé à ce sujet n'est que le fruit de l'imagination d'un rhéteur. Elle lui a été inspirée par un passage

(1) Antiphon, *Sup. Choreut.*, § 4 : ἄν τις κτείνῃ τινὰ ὧν αὐτὸς κρατεῖ καὶ μὴ ἔστιν ὁ τιμωρήσων, τὸ νομιζόμενον καὶ τὸ θεῖον δεδιὼς ἁγνεύει τε αὑτὸν καὶ ἀφέξεται ὧν εἴρηται ἐν τῷ νόμῳ.

(2) Antiphon, *De cæd. Herod.*, § 48 : καίτοι οὐδὲ οἱ τοὺς δεσπότας ἀποκτείναντες, ἐὰν ἐπ' αὐτοφώρῳ ληφθῶσιν, οὐδ' οὗτοι θνήσκουσιν ὑπ' αὐτῶν τῶν προσηκόντων, ἀλλὰ παραδιδόασιν αὐτοὺς τῇ ἀρχῇ κατὰ νόμους ὑμετέρους πατρίους.

(3) Platon, *Leges*, XI, p. 865.

(4) Isocrate, *Panath.*, § 181 : ἔξεστι τοῖς ἐφόροις ἀκρίτους ἀποκτεῖναι τοσούτους ὁπόσους ἂν βουληθῶσιν· ἁ τοῖς ἄλλοις Ἕλλησιν οὐδὲ τοὺς πονηροτάτους τῶν οἰκετῶν ὅσιον ἐστι μιαιφονεῖν. Büchsenschütz, p. 151 ; Hermann-Thumser, p. 416 ; Wallon, I, p. 313 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 750.

(5) Meursius, *Them. att.*, II, 11, p. 87, qui cite en ce sens l'auteur anonyme des *Probl. rhetor.* : νόμος ἐκέλευεν, ἕως ἂν συνίστηται ὁ πόλεμος, μηδένα ἔχειν ἐξουσίαν τύπτειν τὸν δοῦλον· εἰ δὲ μή, ἐλευθεροῦται ὁ δοῦλος.

d'Aristophane [1], où le comique fait simplement allusion à la modération dont les maîtres étaient tenus d'user en temps de guerre envers leurs esclaves afin de ne point provoquer des révoltes ou des défections périlleuses [2].

La castration des esclaves, si elle n'était pas interdite par les lois, était du moins considérée par les Grecs comme une chose répréhensible, et l'emploi d'eunuques dans le service domestique était un fait exceptionnel [3] [4].

Nous rappellerons enfin, en ce qui concerne les rapports personnels du maître et de l'esclave, la disposition de la loi de Dracon qui permet de tuer impunément l'individu que l'on surprend en flagrant délit d'adultère avec la pallaque ἣν ἂν ἐπ' ἐλευθέροις παισὶν ἔχῃ, pallaque qui, suivant une certaine interprétation, peut être une femme esclave [5].

La loi athénienne, tout en admettant dans de larges limites le droit de correction sur l'esclave, fournit à celui-ci un secours efficace contre les excès de son maître grâce au droit d'asile et à la faculté qu'elle reconnaît à l'esclave de demander à changer de maître. D'une manière générale, chez les Grecs comme chez la plupart des peuples de l'antiquité, le respect qui s'attachait aux temples des dieux protégeait contre toute atteinte, non seulement les objets consacrés au culte, mais encore les personnes qui se trouvaient dans l'enceinte religieuse. Les malheureux de toutes sortes, qui se trouvaient en butte à des persécutions, cherchaient

(1) Aristophane, *Nub.*, 6 : ἀπόλοιο δῆτ' ὦ πόλεμε πολλῶν οὕνεκα, ὅτ' οὐδὲ κολάσαι 'ξεστί μοι τοὺς οἰκέτας.

(2) Meier, *De bonis*, p. 50, note 156 ; Hermann-Blümner, p. 89, note 2.

(3) Hérodote, VIII, 105. Cf. Hermann-Blümner, p. 87, 88.

(4) La loi de Gortyne (II, 11-16) décide que le maître qui par violence déflore sa propre esclave paiera une amende de deux statères, et que, dans le cas où l'esclave violée n'était pas vierge, il paiera une amende d'une ou de deux oboles suivant que le viol aura eu lieu de jour ou de nuit. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 452. La loi athénienne ne renferme aucune disposition protectrice de ce genre.

(5) V. *supra*, t. I, p. 99 et s.

à y échapper en se réfugiant dans des temples, et la coutume avait fini par consacrer le droit d'asile au profit des esclaves qui voulaient se soustraire aux mauvais traitements de leurs maîtres. A Athènes, comme dans les autres cités grecques, il y avait des sanctuaires spécialement affectés aux esclaves fugitifs : c'étaient notamment le temple de Thésée et le temple des Erinnyes [1]. La protection des dieux pouvait même, semble-t-il, se communiquer à l'esclave, en dehors des temples, par le seul contact des choses saintes : ainsi une couronne du laurier sacré d'Apollon suffisait pour mettre l'esclave à l'abri de la colère du maître [2].

Cette inviolabilité imprimée à l'esclave par la religion n'était point toutefois de longue durée. Si le fugitif s'était réfugié dans un temple, le maître pouvait, par adresse ou par menaces, le décider à abandonner son abri [3]. Il pouvait, d'autre part, lui arracher facilement sa couronne pour le

(1) Schol. ad Aristoph., *Equites*, 312 : εἰς τὸ Θησεῖον· ἐνταῦθα οἱ καταφεύγοντες τῶν οἰκετῶν ἀσυλίαν εἶχον· ἐπὶ τῶν σεμνῶν· εἰς τὸ τῶν Ἐρινύων ἱερόν· καὶ ἐνταῦθα δὲ οἱ οἰκέται ἔφευγον. Cf. Suidas, Photius, Hésychius, v° Θησεῖον; Lexic. Seguer. (Bekker), 264, 21. — Cf. sur les lieux de refuge à Athènes comme dans le reste de la Grèce : Büchsenschütz, p. 152 ; Hermann-Thumser, p. 416 ; Wallon, I, p. 311 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Asylia* ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 626 ; Hermann-Thalheim, p. 30, texte et note 4. V. Loi de Gortyne, I, 39.

(2) Aristophane, *Plutus*, 20 : οὐ γάρ με τυπτήσεις στέφανον ἔχοντά γε. Cf. Plaute, *Mostell.*, V, 1, v. 1066 et s. ; Büchsenschütz, p. 153 ; Wallon, t. I, p. 311 ; Caillemer, *loc. cit.*

(3) Un papyrus grec d'Egypte, où l'on voit promettre une récompense à celui qui dénoncera au maître l'asile dans lequel l'esclave s'est réfugié, peut laisser croire que le maître avait le droit de rentrer par la force en possession de cet esclave. Letronne, *Not. et extr.*, p. 177 et s. ; Hermann-Thalheim, p. 30, note 4; Mitteis, p. 398. Dans le compte des ἐπιστάται Ἐλευσινόθεν de 329-328 (*Corp. inscr. att.*, II, 834, 6) il est dit, col. b. I, 65 : κόφινον παρ' Ἀμεινίου ἐκ τοῦ Θησείου. 68 : ἧλοι ταῖς θυραις ἐκ τοῦ Θησείου. Col. II, 55-56 : ἀμφιδεῖαι ταῖς θυροκιγκλίσιν τέτταρες παρὰ Φίλωνος ἐκ τοῦ Θησέου. Kœhler fait à ce sujet l'observation suivante : « Servos qui a dominis male habiti ad heroes confugerant, interdum in area templi constitisse et tabernas collocasse non est veri dissimile. » Le gain qu'ils retiraient de ce commerce devait servir à leur rachat. Cf. Gilbert, I, p. 190, note 3.

corriger ensuite avec usure. A supposer, du reste, que l'esclave eût obtenu, sur le moment, un pardon complet, rien ne l'assurait qu'il ne serait point châtié, plus rigoureusement encore, à la première occasion favorable qui s'offrirait au maître pour user de son droit de correction. Pour prévenir ce danger, la loi athénienne permet à l'esclave réfugié dans un temple d'exiger que son maître le mette en vente, πρᾶσιν αἰτεῖν [1], afin de pouvoir passer ainsi sous un commandement plus doux. Faute de renseignements sur l'exercice de ce droit, on ne peut guère faire que des suppositions concernant la manière dont il fonctionnait. Certains auteurs admettent que le maître pouvait être actionné en justice lorsqu'il refusait de consentir à la vente et que les tribunaux l'obligeaient alors à abdiquer sa propriété au profit d'un tiers [2]. Des lexicographes parlent, il est vrai, de procès qui se jugeaient près du Θησεῖον [3]. Mais il y a là une exagération, et il faut entendre ces textes de la requête de l'esclave tendant à changer de maître [4]. Dans une autre opinion, qui nous paraît plus vraisemblable, on décide qu'il ne saurait être question ici d'une procédure judiciaire. L'esclave peut seulement, par ses supplications et par l'énumération des mauvais traitements dont il a été l'objet, éveiller en sa faveur un sentiment de pitié qui détermine soit le prêtre du sanctuaire,

(1) Pollux, VII, 13 : ὁ δὲ οἱ νῦν φασὶ τοὺς οἰκέτας πρᾶσιν αἰτεῖν, ἔστιν εὑρεῖν ἐν ταῖς Ἀριστοφάνους Ὥραις·

εἴ μοι
κράτιστόν ἐστιν εἰς τὸ Θησεῖον δραμεῖν,
ἐκεῖ δ' ἕως ἂν πρᾶσιν εὕρωμεν, μένειν.
ἄντικρυς δὲ ἐν ταῖς Εὐπόλιδος Πόλεσι
. . . . κακὰ τοιάδε
πάσχουσι μηδὲ πρᾶσιν αἰτῶ.

Cf. Lucien, *Dialog. des dieux*, 24, § 2 : ἡδέως ἂν ἠξίωσα πεπρᾶσθαι, ὥσπερ οἱ ἐν τῇ γῇ κακῶς δουλεύοντες.

(2) Büchsenschütz, p. 153 ; Wallon, I, p. 314 ; Caillemer, *loc. cit.*

(3) Etymol. magn., v° Θησεῖον : τέμενός ἐστι τῷ Θησεῖ, ὁ τοῖς οἰκέταις ἄσυλον ἦν· ἐλέγοντο δὲ δίκαι ἐνταῦθα. Cf. Photius, *eod.* v°.

(4) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 179-180 ; Gilbert, I, p. 190, note 3.

soit une autre autorité à forcer le maître à vendre l'esclave [1]. C'est probablement en s'inspirant des dispositions du droit grec qu'Antonin le Pieux a rendu sa constitution qui autorisait l'esclave victime de violences matérielles sans mesures ou d'excès contraires aux bonnes mœurs à s'adresser au magistrat pour obliger son maître à le vendre *bonis conditionibus* [2].

Nous aurons à voir, en étudiant les modes d'affranchissement, si l'esclave qui possédait un pécule, n'avait pas le moyen de se soustraire aux mauvais traitements de son maître en forçant celui-ci à l'affranchir moyennant le paiement d'un certain prix de rachat.

Le droit de propriété qui appartient au maître sur son esclave, lui permet de s'assurer de la personne de celui-ci et de le revendiquer en tous lieux. Le maître a d'abord des moyens divers pour retenir sous le joug un esclave qu'il soupçonne de vouloir prendre la fuite. Il peut lui mettre des chaînes aux pieds, des anneaux au bras ou le carcan au cou [3] et, après une première tentative d'évasion, le marquer au front d'un fer rouge [4]. Si, malgré ces précautions, l'es-

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 627. On peut invoquer en ce sens l'inscription d'Andanie publiée par Le Bas, *Voy. arch. en Grèce*, 2e part., n° 326 *a*. Dans cette inscription, qui relate le règlement d'une association religieuse rattachée à un temple qui s'élevait près d'Andanie, et où était spécialement ouvert un asile pour les esclaves, il est dit notamment que le prêtre sera appelé à juger les griefs de l'esclave contre son maître et que, s'il ne les trouve pas suffisants, il ordonnera que le fugitif sera rendu à son propriétaire. Une inscription trouvée près de l'acropole d'Athènes et publiée par Curtius (*Inscript. attic. nup. reper. duodec*, p. 19) mentionne une série d'offrandes de phiales d'argent du poids de 100 grammes, Curtius estime que ces offrandes proviennent d'esclaves fugitifs, qui ont trouvé asile dans le temple et qui ont obtenu la liberté sous la condition de faire au dieu un présent d'une certaine valeur. Mais cette conjecture paraît peu fondée. V. *infra*, p. 511.

(2) Institutes, § 2, *De his qui sui vel al. jur. sunt*, VIII, 1. Cf. Accarias, t. I, n° 40.

(3) Xénophon, *Econom.*, III, 4. Cf. Wallon, I, p. 315.

(4) Schol. sur Eschine, *De mal. gest. leg.*, 79 : οἱ φυγάδες τῶν δούλων στίζονται τὸ μέτωπον, ὅ ἐστιν ἐπιγράφονται· « κάτεχέ με· φεύγω ». Cf. Aristophane, *Aves*, 758 ; Pollux, III, 67. V. Wallon, I, p. 315.

clave a pu s'enfuir, le maître peut se mettre lui-même à sa poursuite ou confier ce soin à des hommes spécialement chargés de ce métier (δραπεταγωγός) [1]. Ordinairement, il dénonce le fugitif par des affiches ou des proclamations où, avec le signalement du fugitif, se trouve la promesse d'une récompense plus ou moins forte pour celui qui désignera le lieu de la retraite de l'esclave [2].

La poursuite du maître peut s'exercer non seulement sur le territoire de l'Attique, mais encore, conformément aux principes du droit des gens alors en vigueur, sur le territoire des cités amies. Il y eut même, à ce sujet, des traités de restitution conclus entre certaines villes, notamment entre Athènes et Sparte et tous leurs alliés lors de la trêve de Nicias [3]. Les statuts des temples ouverts aux esclaves fugitifs contiennent aussi quelquefois des dispositions destinées à faire respecter le droit de propriété du maître.

Nous devons signaler à ce sujet un singulier contrat propre à sauvegarder les intérêts du maître contre les dangers de fuite de ses esclaves, c'est un contrat d'assurance dont un Macédonien, nommé Antimène, eut l'idée sous Alexandre-le-Grand. Moyennant une prime de huit drachmes par an, il assurait tout esclave au prix déclaré par le maître.

(1) Athénée, IV, p. 161, c. ; Lucien, *Caron*, 2.

(2) Lucien, *Fugit.*, 27 ; Xénophon, *Memor.*, II, 10, 2 ; Dion Chrysostome, VII, 123. C'est également l'objet du papyrus publié par Letronne, *loc. cit.* Dans ce papyrus, le maître promet 2 talents 3000 drachmes à celui qui ramènera l'esclave, 1 talent 2000 drachmes à celui qui indiquera sa retraite, si c'est un lieu sacré, 3 talents 500 drachmes, si c'est la demeure d'un homme ἀξιόχρεος καὶ δωσιδίκος. Ainsi que l'a très bien indiqué Letronne, si, dans ce dernier cas, la récompense est plus forte que dans le cas précédent, c'est que le maître pouvait faire condamner à une amende l'individu qui avait donné asile à son esclave. Cf. Foucart, *Mém. sur l'affr.*, p. 12-13 ; Mitteis, p. 398-399.

(3) Thucydide, IV, 118, § 7. Cf. Wallon, I, p. 316 ; Büchsenschütz, p. 158.

(4) Ainsi le règlement d'Andanie (*loc. cit.*) porte : μηδεὶς ὑποδεχέσθω τοὺς δραπέτας μήτε σιτοδοτείτω μηδὲ ἔργα παρεχέτω. Ὁ δὲ ποιῶν παρὰ τὰ γεγραμμένα, ὑπόδικος ἔστω τῷ κυρίῳ τᾶς τοῦ σώματος διπλασίας ἀξίας καὶ ἐπιτιμίας δραχμᾶν πεντακοσίαν.

Il en tirait même, suivant Aristote [1], d'assez grands bénéfices, car s'il touchait la prime convenue, c'était au satrape de la province qu'il laissait l'obligation de restituer l'esclave en personne ou en argent [2].

Le maître est exposé, dans l'exercice de son droit de propriété, à rencontrer des obstacles provenant des tiers, soit qu'un tiers prétende être lui-même propriétaire de l'esclave, soit qu'il allègue que celui-ci possède en réalité la qualité d'homme libre. Nous verrons, dans une section spéciale, la manière dont se résolvent ces contestations.

Le droit de propriété qui appartient au maître sur la personne de l'esclave, lui confère le droit de disposer de celui-ci à son gré et d'en faire l'objet d'un contrat quelconque, pourvu que ce contrat soit licite. Le maître a d'abord le droit de vendre son esclave, et ce droit ne paraît comporter aucune restriction, comme celle de ne pas séparer le mari de la femme, un enfant de ses parents. La vente des esclaves est régie par les principes applicables à tout autre contrat de vente. Elle est soumise, d'autre part, à la loi athénienne qui veut que la vente soit annoncée et publiée plusieurs jours à l'avance et qui impose à l'acquéreur un paiement d'un certain droit de mutation [3]. Le vendeur d'un esclave est d'ailleurs tenu d'une obligation spéciale de garantie concernant les défauts cachés ou les maladies non apparentes dont l'esclave peut être atteint, garantie qui ouvre à l'acheteur l'action dite ἀναγωγῆς δίκη [4].

L'esclave peut également faire l'objet d'un contrat de louage. Le maître qui n'emploie pas ses esclaves à son service personnel ni à l'exploitation de ses domaines ou de ses usines, peut les utiliser en les louant à des tiers. On

(1) Aristote, *Econom.*, II, 2, 34.

(2) Cf. Bœckh, t. I, p. 91 ; Wallon, I, p. 316; Hermann-Thalheim, p. 113.

(3) V. *infra*, liv. II, tit. IV, chap. I, Publicité des mutations de propriété.

(4) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 716 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vo *Anagogès dikè*. V. *infra*, Contrat de vente.

trouve fréquemment dans les anciens auteurs des exemples de semblables contrats. C'est ainsi que Nicias avait loué à de grands propriétaires d'esclaves jusqu'à mille ouvriers qu'il faisait travailler dans ses mines [1]. Le maître envoyait quelquefois ses esclaves en certains lieux de la ville vers lesquels les propriétaires, en quête de travailleurs, dirigeaient leurs recherches. Il y avait notamment le temple des Dioscures [2] et le Κολωνὸς ἀγοραῖος, à peu de distance de la place publique, d'où le nom de Κολωνῖται [3] employé quelquefois pour indiquer les esclaves loués, plus généralement désignés par le mot μισθωτοί. On louait aussi des esclaves pour un service déterminé, et c'est ainsi que, dans les jours de fête, les citoyens qui n'avaient point à demeure un personnel suffisant, pouvaient se procurer des cuisiniers, des danseuses ou des joueuses de flûte. Les esclaves ainsi loués rapportaient à leur maître le salaire qu'ils avaient reçu [4].

La location des esclaves procurait, en général, de gros revenus à leurs maîtres, d'abord parce que le taux des locations était ordinairement assez élevé à Athènes, et, en second lieu, par le motif que l'objet loué pouvait ici se détériorer facilement et perdait rapidement de sa valeur en vieillissant [5]. Le louage des esclaves, de même que tout autre contrat de même nature, donne naissance à une action

(1) Xénophon, *De vectig.*, IV, §§ 14 et 15. Cf. Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 20; *C. Nicostr.*, §§ 20 et 21; Lysias, *C. Erastosth.*, § 19; Isée, *De Ciron. her.*, § 35.

(2) Lex. Seguer., (Bekker) 212, 12 : Ἀνακεῖον Διοσκούρων ἱερόν, οὗ νῦν οἱ μισθοφοροῦντες δοῦλοι ἑστᾶσιν.

(3) Harpocration, v° Κολωνέτας.

(4) Cf. Wallon, t. I, p. 242; Gilbert, t. I, p. 188; Caillemer, *Contrat de louage*, p. 18-19; Bœckh, t. I, p. 90.

(5) Dans le discours de Démosthène contre Panténète (§ 4), on voit qu'une mine garnie de trente esclaves et estimée 10500 drachmes est louée pour 105 drachmes par mois, ce qui fait 1 pour 100 par mois, ou 12 pour 100 par an. V. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 272, note 4; Bœckh, t. I, p. 178-179; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apophora*.

au profit du maître pour contraindre le locataire à payer la redevance convenue, μισθός [1].

L'esclave peut pareillement être l'objet d'un contrat de prêt. Un exemple singulier et odieux en même temps d'un semblable prêt, est celui qui a lieu en vue de la torture. Lorsqu'un plaideur croit avoir quelque intérêt à faire déposer l'esclave d'une tierce personne, il lui est permis de le lui emprunter pour en tirer un témoignage, sauf à l'indemniser ultérieurement du préjudice causé à l'esclave par la torture [2].

Nous citerons enfin parmi les contrats dont l'esclave peut faire l'objet, comme tout autre bien mobilier, le contrat de gage. Il peut être engagé soit isolément, soit accessoirement à une exploitation agricole ou industrielle à laquelle il est attaché. Dans ce dernier cas, on désigne habituellement le nombre des esclaves ainsi engagés, comme par exemple, les vingt ouvriers en meubles de Mœriadès [3], ou les trente mineurs de Panténète [4]. Quelquefois aussi on engage purement et simplement « une fabrique avec ses esclaves » [5].

B. — *Droits du maître sur les biens de l'esclave.* — L'esclave n'étant guère considéré que comme une chose, ne peut naturellement avoir de patrimoine et tout ce qu'il acquiert en servitude est acquis au maître. Toutefois ce principe, qui est commun au droit attique et au droit romain, avait fini, à Rome, par recevoir certaines restrictions dans

(1) Caillemer, *loc. cit.* Suivant cet auteur, l'action serait la μισθώσεως δίκη. Cf. Meier et Schœmann, *Att. Prozess*, 1e éd., p. 728. Mais l'existence d'une action μισθώσεως, correspondant à l'action romaine *locati*, est fort contestable, ainsi que nous le verrons en exposant la théorie du contrat de louage.

(2) Antiphon, *Sup. Chor.*, § 23. Cf. Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 7.

(3) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 9.

(4) Démosthène, *C. Pantænet.*, § 4.

(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 114, nos 40 et 42. Cf. Bœckh, t. I, p. 91; Hermann-Thalheim, p. 100, note 4; Hitzig, p. 17.

l'intérêt de l'esclave, grâce à l'admission de la théorie du pécule. On appelait ainsi une portion du patrimoine du maître, dont celui-ci laissait l'administration à l'esclave, et qui était composée des sommes que le maître lui donnait, des économies faites par l'esclave sur sa nourriture ou d'autres profits réalisés par lui. Si, en droit, le pécule restait la propriété du maître, qui pouvait le reprendre à l'esclave, en fait, celui-ci le conservait toujours, et il s'en servait souvent pour racheter sa liberté. Nous avons à rechercher dans quelle mesure cette théorie du pécule a été admise par le droit attique.

L'usage avait fini par concéder aux esclaves, non seulement à Athènes, mais dans toute la Grèce, certains droits semblables à ceux de l'esclave romain sur son pécule. Ainsi il arrivait d'abord assez souvent que le maître laissât à l'esclave loué une partie de son salaire, à la condition que l'esclave subviendrait aux frais de son entretien [1]. Ce qu'il épargnait sur son nécessaire faisait le fonds d'un pécule qui pouvait encore s'accroître d'autres manières. Quelquefois aussi le maître, pour stimuler le zèle de ses serviteurs, leur donnait un intérêt dans les objets qu'ils étaient chargés de fabriquer ou de vendre [2]. Enfin le pécule pouvait s'augmenter des petits profits réalisés par l'esclave et dus à son habileté, à son esprit d'intrigue ou à la générosité du maître ou des amis qui le fréquentaient [3].

Le maître pouvait aussi autoriser un ou plusieurs de ses esclaves à exercer librement une industrie, à charge par eux de lui verser périodiquement une redevance plus ou moins forte, prise sur leurs profits et désignée ordinaire-

(1) Athénée, VI, p. 248, qualifie cet esclave d'αὐτόσιτος.

(2) Plaute, *Asin.*, II, 4, 425. Cf. Wallon, t. I, p. 291.

(3) Xénophon, *Econom.*, XIV, 9 ; Plaute, *Trucul.*, II, 7, v. 7 ; Stobée, *Floril.*, LXII, 10 ; Lucien, *Mercen.*, XIV, 37. Cf. Wallon, t. I, p. 291-293; Buchsenschütz, p. 163-164.

ment sous le nom d'ἀποφορά [1]. Les esclaves qui se trouvent dans cette situation sont qualifiés soit de χωρὶς οἰκοῦντες [2], parce qu'ils ont un domicile à eux, distinct de celui de leurs maîtres, soit de ἀνδράποδα μισθοφοροῦντα [3], en raison de la redevance qu'ils paient. C'est surtout parmi ces esclaves que l'on choisissait les hommes nécessaires pour l'armée ou la flotte : la plupart faisaient l'office de rameurs et de matelots, et souvent aussi ils servaient comme soldats de marine [4]. C'est également parmi les χωρὶς οἰκοῦντες, que les concessionnaires de mines recrutaient les ouvriers dont ils avaient besoin [5]. Quelquefois aussi plusieurs esclaves se réunissaient pour travailler en commun dans un atelier à eux, sous

(1) Teles, *in* Stobée, *Floril.*, V, 67 ; Andocide, *De Myster.*, § 38 ; Eschine, *C. Timarch.*, § 97. Dans le plaidoyer d'Hypéride contre Athénogène, un esclave, nommé Midas, qui exploite un commerce de parfumerie, a contracté de nombreuses dettes et recueilli des éranes (III, 24, IV, 14, 22, IX, 19, X, 6) ; il rend compte à son maître tous les mois (IX, 6). Une inscription de Chéronée du IIe siècle (*Corp. inscr. Græc. sept.*, I, 3376) montre un esclave qui a acquis une maison par l'intermédiaire d'un citoyen.

(2) Démosthène, *In Philipp.*, I, § 36 : καὶ μετὰ ταῦτα ἐμβαίνειν τοὺς μετοίκους ἔδοξε καὶ τοὺς χωρὶς οἰκοῦντας. *In Euerg. et Mnesib.*, § 72 : οὐδ' αὖ θεράπαινά γε· ἀφεῖτο γὰρ ὑπὸ τοῦ πατρὸς τοῦ ἐμοῦ ἐλευθέρα καὶ χωρὶς ᾤκει καὶ ἄνδρα ἔσχεν. Dareste (*Plaid. civ.*, t. I, p. 378) voit, il est vrai, dans ce dernier texte une affranchie. Mais cela n'est nullement nécessaire : il y a plutôt ici opposition entre θεράπαινα et χώρις οἰκοῦσα, opposition que l'on retrouve ailleurs (Isée, *De Ciron. her.*, § 35) entre θεράπαινα et ἀνδράποδον μισθοφοροῦν. Cf. Hermann-Thumser, p. 417, note 2. V. toutefois Hermann-Thalheim, p. 29, note 3. L'expression χωρὶς οἰκοῦντες est également appliquée par les lexicographes aux affranchis. Bekker, *Anecd.*, I, 316, 11 : χωρὶς οἰκοῦντες οἱ ἀπελεύθεροι, ἐπεὶ χωρὶς οἰκοῦσι τῶν ἀπελευθερωσάντων, ἢ δοῦλοι χωρὶς οἰκοῦντες τῶν δεσποτῶν. Cf. Harpocration, Suidas et Photius, v° τοὺς χωρὶς οἰκοῦντας. Hermann-Thumser, p. 417 ; Wilamowitz, *in Hermes*, XXII, p. 119, note 1.

(3) Isée, *De Cir. her.*, § 35 : ἔτι δὲ ἀνδράποδα μισθοφοροῦντα καὶ δύο θεραπαίνας. Cf. Xénophon, *De rep. Athen.*, I, 17.

(4) Xénophon, *loc. cit.*, I, 11. Cf. Schœmann-Galuski, t. I, p. 400.

(5) Andocide, *De Myster.*, § 38 ; Xénophon, *De Vectig.*, IV, 14. On voit de même, dans le plaidoyer de Démosthène contre Nicostrate (§ 21), des esclaves se faire entrepreneurs de certains travaux de culture moyennant un prix à forfait, dont une partie leur était probablement abandonnée par leur maître. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 203, note 25.

la direction d'un autre esclave, tous payant au maître une redevance convenue. C'est ainsi que Timarque possédait des esclaves corroyeurs qui, sous la direction de l'un d'eux, travaillaient pour leur propre compte, chacun d'eux versant entre les mains du maître deux oboles par jour, tandis que le chef d'atelier en payait trois [1]. La redevance, ou ἀποφορά, ainsi payée au maître par les esclaves χωρὶς οἰκοῦντες, devait, en général, correspondre au profit que le maître aurait retiré d'eux en utilisant lui-même et directement leurs services. Or ce profit, si on le compare à la valeur de l'esclave, paraît avoir été assez élevé à Athènes [2]. Les esclaves dont nous parlons pouvaient, du reste, non seulement avoir leur domicile séparé à Athènes, mais encore à l'étranger où ils se trouvaient comme agents ou gérants de leurs maîtres. On voit ainsi, dans un plaidoyer de Démosthène [3], un nommé Lampis commander, pour le compte de son maître Dion, un navire de commerce et faire des voyages à l'étranger. D'une manière générale, la condition de ces esclaves χωρὶς οἰκοῦντες est relativement très douce, car ils jouissent d'une liberté assez grande et, au point de vue matériel, n'ont rien à envier aux petits bourgeois. Quelques-uns mêmes ont pu vivre dans l'aisance et mener un grand train, et c'est à eux manifestement que se réfèrent les auteurs qui parlent du luxe et des richesses des esclaves [4]. Etaient-ils, au point de vue juridique, dans une situation supérieure à celle des autres esclaves ? C'est ce que nous verrons en exposant les rapports des esclaves avec les tiers [5].

On a voulu rattacher à cette situation des esclaves χωρὶς

(1) Eschine, *C. Timarch.*, § 97.

(2) Cf. Xénophon, *De vectig.*, IV, §§ 14 et 23. V. sur ce point : Büchsenschutz, p. 205 ; Bœckh, t. I, p. 91-92 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apophora*.

(3) Démosthène, *C. Phorm.*, § 5.

(4) Xénophon, *De repub. Ath.*, I, 10. Cf. Gilbert, I, p. 191 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Aphophora*.

(5) V. *infra*, p. 461.

δικοῦντες deux actions simplement citées par Pollux, et sur lesquelles nous n'avons aucun autre renseignement, à savoir les δίκαι φορᾶς ἀφανοῦς et μεθημερινῆς [1]. Ces actions, a-t-on dit, auraient été dirigées contre les esclaves qui ne payaient point à leur maître la redevance, φορά, qu'ils lui avaient promise [2]. Mais cette interprétation doit être rejetée, car on ne peut admettre que la loi athénienne ait accordé au maître une action en justice contre son esclave, puisque celui-ci n'avait aucune personnalité juridique [3].

Le pécule des esclaves, quelle qu'en soit l'origine, ne paraît avoir consisté, à Athènes, qu'en objets mobiliers, et les textes ne signalent pas un seul exemple d'esclave ayant été propriétaire d'immeubles [4]. Mais peut-être le droit des esclaves était-il plus étendu à cet égard dans d'autres cités grecques [5].

L'esclave n'ayant aucune personnalité, son pécule ne saurait lui appartenir, et juridiquement ce pécule appartient au maître de même que l'esclave et, en quelque sorte, par voie d'accession. Sans doute, en fait, le maître ne touche pas ordinairement au pécule, car c'est son intérêt même de le voir se développer. Mais, en droit, le maître peut retirer à l'esclave le pécule, et même, dans l'usage, il se réservait d'y recourir en certaines occasions, solennelles, il est vrai, mais encore assez fréquentes. C'est ainsi que, dans les comédies où sont dépeintes les mœurs grecques, on voit les esclaves mis à contribution, soit pour le mariage de

(1) Pollux, VIII, 31.
(2) Kühn, sur Pollux, *loc. cit.*
(3) Caillemer, *Contrat de Louage*, p. 20 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 726.
(4) Guiraud, p. 143.
(5) Cf. Hermann-Thalheim, p. 29, note 5, *in fine*. — A Gortyne, la loi (IV, 36) reconnaît formellement la propriété des serfs sur le bétail. Mais il est douteux que leur droit de propriété ait pu s'étendre jusqu'à la terre. Cf. Guiraud, p. 143-144.
(6) Plaute, *Trinum.*, II, 4, 2, 368.

leur maître [1], soit à l'occasion de la naissance d'un fils, ou de l'anniversaire de sa naissance [2]. Mais, dans l'intervalle, l'esclave peut user de son pécule, soit pour se procurer plus de bien-être en se donnant lui-même, par exemple, un serviteur, soit pour se payer les plaisirs et les divertissements des hommes libres [3]. Il peut enfin se servir de son pécule pour se racheter de la servitude, et nous aurons à voir, à propos de l'affranchissement, si le maître peut être forcé de donner la liberté à l'esclave qui lui en offre un prix suffisant [3].

Le droit qui appartient au maître sur le pécule de l'esclave lui confère par là même le droit de recueillir ce pécule par voie de succession, lorsque l'esclave vient à mourir. C'est un point que nous aurons à établir en exposant la théorie des successions irrégulières. Par contre, et en compensation des droits que la loi lui reconnaît sur les biens acquis par l'esclave, le maître est soumis à une certaine responsabilité à raison des actes dommageables commis par son esclave, responsabilité dont nous déterminerons la portée en étudiant les rapports de l'esclave avec les tiers.

Les esclaves, considérés au point de vue du droit de propriété que le maître a sur eux, font partie, d'après Harpocration [4], de l'οὐσία ἀφανής, ou propriété inostensible, par opposition à l'οὐσία φανερά, ou propriété ostensible. On n'est point d'accord cependant sur la portée exacte de cette distinction entre les deux sortes de propriétés et la proposition d'Harpocration a été vivement contestée [5]. Quoi qu'il en soit, les esclaves sont, au même titre que les autres éléments du patrimoine, comme les maisons, ou le

(1) Térence, Phormion, I, 1, v. 41 et s. Cf. Büchsenschütz, p. 164; Wallon, t. I, p. 94; Guiraud, p. 143.

(2) Cf. Wallon, t. I, p. 294.

(3) V. *infra*, p. 470.

(4) Harpocration, v° ἀφανὴς οὐσία καὶ φανερά : ἀφανὴς μὲν ἡ ἐν χρήμασι καὶ σώμασι καὶ σκεύεσι, φανερὰ δὲ ἡ ἔγγειος κτλ.

(5) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Aphanès ousia*. V. *infra*, liv. II, tit. I, Distinction des choses.

mobilier, compris dans l'estimation qui peut être faite de ce patrimoine au point de vue de l'établissement des impôts, notamment de l'impôt sur la fortune, ou plus exactement de l'impôt sur le revenu connu sous le nom d'εἰσφορά [1].

On a prétendu que le maître paie un impôt spécial pour ses esclaves, impôt qui, en cas d'affranchissement, serait remplacé par le triobole, payé par l'affranchi, afin que l'État ne fût point lésé par l'affranchissement [2], Xénophon [3] parle, sans doute, d'un impôt sur les esclaves, mais rien n'établit que ce soit une taxe périodique payée par le maître à raison des esclaves qu'il possède. Ce peut n'avoir été qu'un droit de douane perçu sur les esclaves importés en Attique [4]. Quant au triobole, cette taxe peut, comme nous le verrons, s'expliquer autrement que comme un impôt établi sur les affranchis en remplacement de celui que le maître acquittait antérieurement sur ses esclaves [5].

SECTION III

Condition des esclaves dans leurs rapports entre eux.

L'esclave, ne pouvant disposer de sa personne sans le consentement de son maître, se trouve légalement dans l'impossibilité de fonder une famille en se mariant avec une esclave appartenant au même maître ou à un maître différent. L'union des deux esclaves, que les Romains nommaient *contubernium*, ne peut donc produire aucun effet légal. Toutefois, en fait, on permettait assez souvent des unions de ce genre, et elles n'étaient point interdites par une loi de Solon qui, au dire de Plutarque, aurait porté contre les esclaves

(1) Cf. Bœckh, t. I, p. 597.
(2) Bœckh, I, p. 401 et s.
(3) Xénophon, *De vect.*, IV, 25. Cf. Thumser, *De civium mun.* 1 e s.
(4) Cf. Xénophon, *loc. cit.*, Bekker, *Anecd.*, I, 297, 21.
(5) Cf. en ce sens : Clerc, *Métèques*, p. 285. V. *infra*, p. 475.

d'autres prohibitions [1]. Les maîtres favorisaient d'ailleurs assez souvent les unions entre leurs esclaves. Ainsi Xénophon, tout en en condamnant généralement l'usage et en disant que les mauvais esclaves doivent devenir par là pires encore, l'approuve, au contraire, entre les serviteurs fidèles, et y voit un moyen de resserrer leur attachement au maître, surtout si de cette union naissent des enfants [2]. L'intérêt du maître était bien plus sensible lorsque l'esclave prenait à sa charge une partie du service, par exemple, l'exploitation d'une ferme, car la surveillance et les soins de la gestion se partageaient bien mieux entre l'homme et la femme ainsi associés. Aussi, à en croire le témoignage de Plaute, les mariages d'esclaves, qui auraient paru inouïs à Rome, se pratiquaient-ils en Grèce, et les noces d'esclaves se faisaient même, dit-il, avec plus de soin que celles des hommes libres [3]. En faisant la part de l'exagération et de la satire, il faut reconnaître que si, dans le droit attique, il n'y a point de mariage proprement dit entre deux esclaves, et si le mot γάμος n'est jamais employé par les auteurs grecs

(1) Plutarque, *Amator.*, IV, 11 : δούλοις μὲν ἐρᾶν ἀρρένων παίδων οὐκ ἔξεστι καὶ ξηραλοιφεῖν, χρῆσθαι δὲ συνουσίαις γυναικῶν οὐ κωλύονται.

(2) Xénophon, *Econom.*, IX, 5. Cf. Aristote, *Econom.*, I, 5 : ἐξομηρεύειν ταῖς τεκνοποιίαις.

(3) Plaute (*Casin.*, prol. 68-74) parle dans les termes suivants des mariages contractés par des esclaves grecs :

« Quæso Hercle, quid istuc est? Servileis nuptiæ?
Servine uxorem ducunt aut poscent sibi?
Novum attulerunt quod fit nusquam gentium »
At ego aio hoc fieri in Græcia et Carthagini,
Et heic in nostra etiam terra in Apulia
Maioreque opera ibi servileis nuptiæ
Quam liberaleis etiam curari solent.

Dans le *Miles gloriosus* (IV, 2, v. 1000 et s.), un esclave parle également de ses fiançailles et de son futur mariage avec une servante de sa maîtresse :

Hercle hanc quidem
Nil tu amassis, cui hæc *desponsa* 'st ; tibi si illa hodie nubserit
Continuo hanc *uxorem* ego *ducam*.

Cf. Wallon, t. I, p. 289-290.

pour désigner leurs relations [1], il y a cependant une sorte de fixité, sinon légale, du moins usuelle dans les rapports d'un hommes et d'une femme esclaves et dans ceux des parents avec les enfants qui naissent de ces unions, c'est-à-dire qu'il y a une forme de mariage et une image de la famille [2].

Les actes privés, sinon les lois, reconnaissent, en fait, l'existence de ces unions et de la famille à laquelle elles donnent naissance. C'est ainsi que, dans les actes d'affranchissement de Delphes, on voit plusieurs fois les parents esclaves affranchis en même temps que leurs enfants [3]. Ces actes respectent aussi, sous une autre forme, les relations de famille entre esclaves, en ce sens, par exemple, que si l'enfant de deux esclaves est affranchi alors que le père et la mère restent en servitude, l'acte d'affranchissement peut stipuler que l'enfant fournira des aliments à son père et à sa mère lorsque ceux-ci se trouveront incapables de pourvoir à leur entretien, et cela qu'ils soient esclaves ou qu'ils soient devenus libres [4].

Abstraction faite des rapports de famille dont nous venons de parler, il ne saurait être question de relations juridiques, de contrats, par exemple, entre les esclaves d'un même maître, car ils sont censés parler au nom du maître, qui ne

(1) Xénophon d'Ephèse ne s'en sert jamais pour désigner l'union de Semon et de Rhodé. *Ephes.*, II, 4, 5. Cf. Wallon, I, 1, p. 288.

(2) La loi de Gortyne ne paraît pas avoir reconnu le mariage des esclaves ; l'union de ceux-ci n'est jamais qu'un *contubernium* et ne peut être un *connubium*. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 427-428.

(3) Cf. Wescher et Foucart, nos 57 et 289.

(4) Wescher et Foucart, no 43 : ἀπέδοτο Τιμὼ Εὐδίκου σῶμα γυναικεῖον κοράσιον ᾧ ὄνομα Μήδα... τρεφέτω δὲ Μήδα Σωσίβιον τὸν ἴδιον πατέρα καὶ τὰμ ματέρα Σωσὼ καὶ εὐσχημονιζέτω, ἐπεί κα ἐν ἁλικίαν ἔλθῃ, εἰ ἔχρείαν χοισαν Σωσίβιος ἢ Σωσὼ τροφᾶς ἢ εὐσχημονισμοῦ, εἴτε δουλεύοντες εἶεν εἴτε ἐλεύθεροι γεγονότες. La charge imposée à la fille affranchie est principalement dans l'intérêt du *manumissor* dans le cas où les parents de l'affranchie seraient encore esclaves dans leur vieillesse. Mais elle n'en contient pas moins la consécration des rapports de famille entre esclaves. Cf. Foucart, *Mém. sur l'affranch.*, p. 26; Mitteis, p. 369-370.

peut évidemment traiter avec lui-même. Il n'y a de possibles que des actes juridiques entre esclaves appartenant à des maîtres différents, mais alors on retombe dans la dernière hypothèse qu'il nous reste à examiner concernant les rapports des esclaves avec les tiers.

SECTION IV

Condition des esclaves dans leurs rapports avec les tiers.

La liberté étant une condition indispensable de la personnalité juridique, l'esclave est légalement incapable de contracter avec des tiers, et il ne peut figurer dans un acte que comme le porte-parole de son maître [1]. Si, par suite de l'emploi qu'en a fait son maître, l'esclave s'est trouvé en rapport avec des tiers, par exemple, à raison de l'exploitation d'un domaine ou d'une industrie qui lui a été confiée, l'esclave ne peut point les actionner en exécution des engagements qu'ils ont contractés envers lui. Il est, en effet, ἀπρόσωπος, suivant l'expression d'un rhéteur [2]; il a besoin, en conséquence, d'un συνήγορος, lequel est naturellement son δεσπότης. C'est donc le maître qui, juridiquement, plaide soit en demandant, soit en défendant, dans tous les procès soulevés à l'occasion des actes de l'esclave [3].

Si nous supposons d'abord que des actes délictueux ont été commis contre la personne de l'esclave, le soin d'en assurer la répression appartient au maître. Si, par exemple, l'esclave a été tué ou blessé volontairement par un tiers, le maître peut intenter contre celui-ci la γραφὴ φόνου et la γραφὴ

(1) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 750 ; Hermann-Thalheim, p. 22.

(2) Grégoire de Corinthe, *ad Hermog. meth. eloq.*, c. 21 (Walz, *Rhet. græc.*, t. I, p. 1283) : δοτέον συνήγορον τῷ δούλῳ, ὅτι ἀπρόσωπός ἐστιν.

(3) Démosthène, *C. Nicostr.*, § 21 : καὶ δίκας ἐλάμβανε καὶ ἐδίδου.... ὡς δεσπότης ὤν. Cf. Platon, *Gorgias*, p. 483 b : ἀνδραπόδου ... ὅστις ἀδικούμενος καὶ προπηλακιζόμενος μὴ οἷός τε ἐστιν αὐτὸς αὑτῷ βοηθεῖν μηδὲ ἄλλῳ οὗ ἂν κήδηται. Cf. Buchsenschutz, p. 148 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 750 ; Hermann Thalheim, p. 22 ; Gide et Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Dikè*, p. 230

τραύματος ἐκ προνοίας. Si l'esclave a subi des mauvais traitements ou des injures, le maître peut également exercer contre l'auteur du délit la γραφὴ ὕβρεως ou la δίκη αἰκίας. Dans ces différents cas, l'action est intentée non point au nom de l'esclave, mais au nom du maître [1]. Que si l'esclave a été lésé pécuniairement par suite de l'inexécution des obligations qu'un tiers avait contractées envers lui, le maître peut agir contre ce tiers au moyen de l'action née du contrat où a figuré l'esclave, afin de contraindre ce tiers à remplir ses engagements ou intenter contre lui la δίκη βλάβης.

Il se peut qu'à l'inverse l'esclave cause à un tiers un préjudice par suite soit d'un délit, soit de l'inexécution des engagements qu'il a contractés envers ce tiers. L'esclave n'ayant point de patrimoine propre sur lequel le tiers puisse obtenir la réparation du préjudice qu'il a subi, le maître de l'esclave peut être actionné comme civilement responsable du dommage causé par ce dernier. La situation du maître vis-à-vis de son esclave est donc semblable à celle qu'il a vis-à-vis des animaux qui lui appartiennent : il est également responsable du dommage causé par ces objets soumis à sa maîtrise : dans le premier cas, il y a βλάβη τετραπόδων [2] dans le second, βλάβη ἀνδραπόδων. Un texte d'Hypéride [3] établit formellement la responsabilité du maître dans les termes suivants : τὰς ζημίας ἃς ἂν ἐργάσωνται οἱ οἰκέται καὶ τὰ ἁμαρτήματα διαλύειν τὸν δεσπότην, παρ' ᾧ ἂν ἐργάσωνται οἱ οἰκέται [4]. Platon se borne, en conséquence, à transcrire les disposi-

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 750.

(2) Plutarque, *Solon*, c. 24 ; Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 653 ; Xénophon, *Hellen.*, II, 4, 41, p. 653.

(3) *C. Athenog.*, col. 10, l. 11 et s. Cf. Athénée, X, 15. Ce serait, d'après Hypéride, une loi de Solon qui aurait édicté cette responsabilité du maître.

(4) On pourrait être tenté de voir la responsabilité du maître consacrée par cette loi de Solon citée par Lysias dans son premier plaidoyer contre Théomneste, § 19 : οἰκῆος (θεράποντος) καὶ δούλης τὴν βλάβην ὀφείλειν. Mais on est d'accord aujourd'hui pour reconnaître qu'il s'agit, au contraire, dans ce texte de la réparation du dommage causé à un esclave, et que cette loi de Solon doit

tions du droit positif lorsque, dans son *Traité des Lois*, il déclare le maître obligé par le fait de son esclave. Platon ne considère toutefois le maître comme tenu de réparer le dommage que lorsque son esclave est en faute, ce qui exclut à la fois le cas de force majeure et celui où la victime du dommage est elle-même en faute [1]. Platon fait une application spéciale de ce principe au cas de délit de blessures volontaires commis par l'esclave et décide que le maître a le droit ou de prendre à sa charge la réparation du dommage, ou de faire l'abandon noxal [2].

Le maître sur qui pèse la responsabilité du dommage causé par l'esclave, c'est, semble-t-il, d'après le texte précité d'Hypéride, celui auquel appartenait l'esclave au moment de l'accomplissement de l'acte dommageable [3]. Cette solution se trouve, il est vrai, en contradiction, d'une part, avec les règles posées par la loi de Gortyne, d'autre part, avec les dispositions de la loi romaine qui concordent généralement avec celles du droit attique en ce qui concerne la responsabilité du maître. La loi de Gortyne [4] décide, en effet, que celui qui a acheté un esclave, a trente jours pour effectuer la περαίωσις, c'est-à-dire l'action redhibitoire en raison de la découverte de vices cachés [5]; mais s'il laisse passer ce délai sans agir, il est désormais tenu de tous les dommages causés par cet esclave, soit

être rapprochée de cet autre passage de Lysias (*De cœd. Eratosth.*, § 32) portant : ἐάν τις ἄνθρωπον ἐλεύθερον αἰσχύνῃ βίᾳ, διπλῆν τὴν βλάβην ὀφείλειν. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 653, note 473 ; Hermann-Thalheim, p. 120, note 4.

(1) Platon, *Leges*, XI, p. 936 c.

(2) Platon, *Leges*, IX, p. 879, *a*. Platon décide que si le maître prétend qu'il y a entente frauduleuse entre l'esclave et le blessé, les juges décident ; mais s'il succombe dans sa prétention, il est condamné au triple ; s'il triomphe, il peut faire subir à son adversaire la peine du plagiat ou vol d'esclaves.

(3) Cf. en ce sens : Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 469, note 1 ; Reinach, *in Revue des études grecques*, V, 1892, p. 179, note 1.

(4) VII, 11-15.

(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 469. Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 167-168.

avant, soit après son acquisition. D'un autre côté, la loi romaine, conformément à la règle *noxa caput sequitur*, décide que si l'esclave change de maître, l'action noxale se donne contre le nouveau propriétaire et non contre l'ancien. On pourrait donc douter sérieusement que le droit attique ait dérogé, sur ce point, à ce que l'on peut considérer comme le droit commun de l'antiquité. Il serait possible, d'ailleurs, de concilier le texte d'Hypéride avec la règle *noxa caput sequitur*, si l'on admettait que l'orateur a simplement prévu le cas ordinaire, où l'esclave n'a pas changé de maître depuis qu'il a commis l'acte dommageable. Nous ne pensons pas cependant que ces considérations puissent prévaloir contre le texte même d'Hypéride. L'orateur, en effet, ainsi que cela résulte des circonstances de la cause et de l'argument qu'il tire de la loi de Solon, vise précisément le cas où l'esclave a changé de maître depuis la perpétration du délit. Il ajoute même, pour justifier la loi qu'il cite : « Elle est équitable, car si un esclave a fait une bonne affaire ou que son industrie marche bien, le profit en revient à celui qui le possède. »

Lorsque le maître est complice de l'acte dommageable commis par l'esclave, il est directement responsable du dommage pour l'accomplissement duquel l'esclave n'apparaît que comme son instrument. Il ne peut alors se libérer de la responsabilité qui pèse sur lui qu'en réparant intégralement le dommage causé, comme s'il en avait été le seul auteur. Que si le maître est demeuré étranger au fait dommageable, sa responsabilité a lieu néanmoins, mais elle est moins rigoureuse, en ce sens qu'il n'est tenu que *propter rem*, c'est-à-dire à cause de l'esclave, et qu'il peut se libérer en abandonnant l'esclave à la partie lésée. L'abandon noxal, admis pour les animaux, l'est également pour les esclaves qui, juridiquement, sont assimilés à des animaux [1].

(1) Xénophon, *Hellen.*, II, 4, 41 : ὥσπερ τοὺς δάκνοντας κύνας κλοίῳ δήσαντες

Le texte précité d'Hypéride n'établit la responsabilité du maître qu'à l'occasion des amendes encourues par l'esclave ou des délits commis par lui, et il ne dit rien des obligations contractuelles de ce dernier. Il se peut cependant, et cela devait arriver fréquemment à Athènes comme à Rome, qu'un esclave dirige un commerce pour le compte de son maître et qu'à l'occasion de ce commerce il traite avec des tiers [1]. La loi de Solon n'avait probablement pas prévu les obligations de ce genre; mais on doit admettre que la jurisprudence leur appliquait les mêmes règles qu'aux obligations délictuelles. L'analogie du droit romain prétorien, qui s'était peut-être inspiré des dispositions du droit grec, fournit un puissant argument en ce sens [2]. Il est, du reste, tout naturel que le maître, celui que les Romains nomment *exercitor*, soit obligé par le fait de celui qu'il a mis à sa place (l'*institor*) et en quelque sorte recommandé à la confiance de tous. Du moment d'ailleurs que, comme le remarque Hypéride, le maître profite des bonnes affaires faites par l'esclave, il est juste qu'à l'inverse les obligations contractées par l'esclave réfléchissent contre le maître. A Rome, lorsque l'esclave avait changé de maître postérieurement à la naissance de l'obligation, l'action *institoria* était donnée contre l'ancien maître [3]. On doit admettre la

παραδιδόασιν. οὕτω κἀκεῖνοι ὑμᾶς παραδόντες τῷ ἠδικημένῳ τούτῳ δήμῳ οἴχονται ἀπιόντες. Cf. Platon, *Leges*, XI, 936 c, *supra*, p. 455, note 1; Plutarque, *Solon*, c. 24. Le règlement des mystères d'Andanie (Dittenberger, *Syll.*, p. 575) consacre également l'abandon noxal : ἂν δὲ μὴ ἐκτίνει παραχρῆμα, παραδότω ὁ κύριος τὸν οἰκέταν τῷ ἀδικηθέντι εἰς ἀπεργασίαν, εἰ δὲ μὴ ὑπόδικος ἔστω ποτὶ διπλοῦν. Il y a une trace de l'abandon noxal dans la loi de Gortyne (VII, 11-15) pour ce qui concerne les esclaves, et une autre loi de la même ville (Comparetti, *Museo Italiano*, t. II, 1887, p. 593 et s.) établissait quelque chose de semblable pour les dommages causés par des animaux à d'autres animaux. Cf. Hermann-Thalheim, p. 120, note 4; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 653; Dareste, *Science du droit*, p. 134; B. W. Leist, p. 500-501.

(1) Cf. Hypéride, *C. Athenog.*, col. IX, l. 5 et s.

(2) Cf. Gaius, *Comm.*, IV, 71; l. 1, D. *De exerc. act.*, XIV, 1.

(3) L. 4, § 3, D. *De exerc. act.*, XIV, 1.

même solution pour le droit attique en vertu du texte d'Hypéride précédemment cité (παρ' ᾧ ἂν ἐργάσωνται οἱ οἰκέται), et même par *a fortiori* de ce qu'il décide relativement aux obligations délictuelles [1].

Platon [2] suppose, à propos de l'abandon noxal, la possibilité d'une fraude. Il peut, en effet, y avoir un concert frauduleux entre l'esclave et la victime du dommage afin d'obtenir l'abandon noxal. Platon accorde alors au maître l'action de dol, δίκη κακοτεχνιῶν [3]. S'il triomphe dans son action, le défendeur doit lui payer le double de la valeur de l'esclave, d'après l'estimation du tribunal ; s'il succombe, il doit cumulativement réparer le dommage causé par l'esclave et abandonner celui-ci. Peut-être ces différentes solutions de l'auteur du *Traité des Lois* sont-elles inspirées des dispositions du droit attique en pareille hypothèse.

En ce qui concerne l'exercice de l'action qui appartient au tiers lésé par le fait de l'esclave, il faut distinguer suivant que celui-ci a agi ou non sur l'ordre de son maître. En cas d'affirmative, l'action est intentée directement contre le maître et libellée au nom de celui-ci. C'est ce qui résulte notamment du langage tenu par l'orateur, dans le discours contre Calliclès, et où il considère comme quelque chose de surprenant que son adversaire ait actionné son esclave à raison d'un acte manifestement accompli sur l'ordre du maître [4]. Que si l'esclave a agi spontanément, le droit attique, différant en cela du droit romain, décide que

(1) Cf. Reinach, *loc. cit.*

(2) *Leges*, XI, 936 d.

(3) V. sur cette action, Harpocration, v° κακοτεχνιῶν. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 492 et s.

(4) Démosthène, *C. Callicl.*, § 31. De même, dans le plaidoyer de Démosthène contre Panténète, § 22, la demande est ainsi libellée : ἔβλαψέ με Νικόβουλος... ἀφελέσθαι κελεύσας Ἀντιγένην τὸν ἑαυτοῦ οἰκέτην τὸ ἀργύριον τοῦ ἐμοῦ οἰκέτου ὃ ἔφερε κτλ. Mais ici le défendeur nie que l'esclave ait agi sur son ordre et il dit, au § 31 : ἔδει (τὸν Πανταίνετον)... λαχόντα ἐκείνῳ (contre l'esclave) τὴν δίκην τὸν κύριον διώκειν ἐμέ, νῦν δ' εἴληχε μὲν ἐμοί, κατηγορεῖ δ' ἐκείνου, ταῦτα δ' οὐκ ἐῶσιν οἱ νόμοι. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 766.

la poursuite doit être intentée contre l'esclave lui-même et libellée au nom de celui-ci, comme s'il avait réellement une personnalité juridique. C'est ainsi que, dans le procès du fils de Tisias contre Calliclès, l'action est dirigée contre Callaros, esclave du premier [1]. De même, dans le procès de Nicobule contre Panténète, l'orateur dit à propos de celui-ci, qui a été expulsé d'une mine d'argent par le fait de l'esclave de Nicobule [2] : « Il aurait dû intenter l'action contre l'esclave et poursuivre ensuite le maître. Au lieu de cela, il a intenté son action contre moi et il a plaidé contre cet homme. Les lois ne permettent pas d'agir ainsi. A-t-on jamais vu, sur une action intentée contre le maître, prendre pour grief le fait d'un esclave, comme si le fait de l'esclave était celui du maître » [3]? Seulement la condamnation, une fois prononcée contre l'esclave, réfléchit contre le maître [4] qui se trouve tenu de la payer, à moins qu'il ne préfère abandonner l'esclave [5]. Il est difficile, au surplus, dans le silence des textes, de préciser le rôle que l'esclave pouvait jouer dans la procédure. Le maître était libre vraisemblablement d'intervenir comme il le jugeait à propos.

Quant à la compétence relativement aux actions intentées contre les esclaves, on a prétendu, en se fondant sur un

(1) Démosthène, *C. Callicl.*, §§ 31 et 34.

(2) Démosthène, *C. Panten.*, § 31. V. *supra*, p. 458, note 4. Cf. Plaute, *Asin.*, où le marchand dit à un esclave qui l'a injurié : « In jus te voco, » II, 4, 74, (1880).

(3) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. 180, note 15, p. 250 et p. 234, note 25; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 766; Hermann-Thalheim, p. 22.

(4) C'est a cela que font allusion les mots suivants dans le passage précité du discours de Démosthène contre Panténète (*supra*, p. 458, note 4) : λαχόντα ἐκείνῳ τὴν δίκην τὸν κύριον διώκειν ἐμέ. Cf. Démosthène, *C. Callicl.*, § 31 : ἐρήμην μου καταδεδιῄτηται τοιαύτην ἑτέραν δίκην, Κάλλαρον ἐπιγραψάμενος τῶν ἐμῶν δούλων. V. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 766, note 58.

(5) La loi de Gortyne (VII, 10) admet, contrairement à la loi athénienne, que la poursuite doit être formée directement contre le maître actuel de l'esclave (V. *supra*, p. 455). C'est, du reste, le maître qui représente toujours l'esclave. Ainsi, c'est au maître qu'est faite la sommation d'avoir à racheter l'esclave adultère (II, 32). C'est également le maître qui prête serment que l'adultère surpris près d'une esclave n'a pas été attiré par ruse (II, 43. Cf. III, 54).

texte d'Harpocration [1], que ces actions n'étaient jamais portées au tribunal des héliastes et qu'elles étaient jugées sans appel par un arbitre public [2]. Mais cette conclusion ne se dégage point nécessairement du texte en question, et on peut plutôt admettre que le lexicographe se réfère aux Quarante, ou juges de paix cantonaux (κατὰ δήμους δικασταί), tirés au sort dans chaque tribu [3]. Dans tous les cas, l'instruction de l'affaire paraît avoir appartenu aux thesmothètes [4].

L'esclave est, comme nous l'avons dit, incapable d'ester en justice pour y intenter aucune action publique ou privée. On a voulu cependant apporter une exception à ce principe, et l'on a prétendu, en se fondant sur un passage de Démosthène [5], que l'esclave a le droit de poursuivre le meurtre de son maître, lorsqu'il ne se présente aucun autre accusateur [6]. Mais cette opinion est inadmissible et elle ne repose que sur une interprétation tout à fait inexacte du texte de Démosthène. Ce qui est vrai seulement, c'est qu'en pareille hypothèse l'esclave peut dénoncer le meurtre, comme μηνυτής. D'autres crimes peuvent, du reste, être également dénoncés par les esclaves, que ces crimes aient été commis contre leur maître ou contre un étranger, et l'on voit dans les plaidoyers des orateurs [6] que le zèle des esclaves est quelquefois récompensé par la concession de la liberté [7]. On peut toutefois admettre une exception à l'incapacité de

(1) Harpocration, ὅτι πρὸς τὴν φυλὴν τοῦ κεκτημένου αἱ πρὸς τοὺς δούλους λαγχάνονται δίκαι (Bekker, p. 141, 6).

(2) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 167 ; Pla'ner, *Process*, t. I, p. 103 ; B. W. Leist, p. 501.

(3) V. Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 53. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 767 ; Hermann-Thalheim, p. 22, note 9.

(4) Aristote, *loc. cit.*, c. 59 ; Pollux, VIII, 88.

(5) Démosthène, *C. Everg. et Mnesib.*, § 72.

(6) Kuhn, sur Pollux, VIII, 118.

(6) V. Antiphon, *Tetral.*, I, γ 4 ; Lysias, *Pro sacr. Call.*, § 3.

(7) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 751.

l'esclave d'ester en justice lorsqu'il s'agit des esclaves χωρὶς οἰκοῦντες, qui résident à l'étranger et y font, pour le compte de leur maître, des opérations commerciales ou autres. L'impossibilité où se serait trouvé la plupart du temps le maître de représenter son agent en justice, ou tout au moins les difficultés et les frais que l'application des principes du droit strict aurait entraînés, avaient sans doute fait apporter ici une dérogation à la règle. Dans le lieu de leur résidence, les esclaves en question devaient être considérés, au point de vue qui nous occupe, comme des métèques libres. Telle était vraisemblablement la situation de ce Lampis, esclave de Dion, et commandant un navire appartenant à ce dernier. Démosthène [1] nous montre cet esclave ayant à Athènes femme et enfants et traité comme un homme libre. Lampis peut porter témoignage en justice, d'où l'on peut légitimement induire qu'il a également qualité pour figurer comme partie dans une instance [2].

SECTION V

Condition des esclaves publics.

A côté des esclaves appartenant à des particuliers et dont nous avons jusqu'à présent étudié la situation, il existe à Athènes, comme, du reste, dans les autres cités grecques, des esclaves publics ou appartenant à l'Etat, et que l'on nomme δημόσιοι. On les a définis « des esclaves de la cité consacrés au service des tribunaux et des lieux publics ou aux travaux

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, §§ 18, 37 et 46.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 751-752.

(3) Bekker, *Anecd.*, I, p. 234 : δημόσιος· ὁ τῆς πόλεως δοῦλος, πρὸς ὑπηρεσίαν τῶν δικαστηρίων καὶ τῶν κοινῶν τόπων καὶ ἔργων. Cf. Harpocration, v° δημόσιος ; Etymol. magn., p. 265, 30 ; Pollux, VIII, 71. V. Büchsenschutz, p. 164.

communs »[1]. Il avait fallu, en effet, recourir au ministère des esclaves pour certains offices, considérés comme inférieurs[2], et que les citoyens ne consentaient pas à remplir eux-mêmes dans les cités qui, comme Athènes, jouissaient de quelque aisance. La cité acquérait, en conséquence, comme l'eût fait un simple particulier, des esclaves auxquels elle imposait ces offices. Ainsi, à Athènes, le corps des archers, chargés de maintenir le bon ordre dans la cité, était exclusivement composé d'esclaves publics : on les nommait les Scythes, en raison de leur origine, parce qu'ils avaient été pour la plupart achetés sur les marchés voisins des limites de la Thrace. C'étaient également des esclaves publics qui étaient préposés à la garde des poids et mesures étalons déposés dans le Tholos, au Pirée, et à Eleusis. Beaucoup d'ouvriers d'Etat, notamment les monnayeurs, étaient pris parmi les esclaves publics. Xénophon[3] avait même proposé à ses concitoyens, comme une spéculation lucrative, d'acheter des esclaves exercés au métier de mineurs, pour les louer aux propriétaires des mines. Les agents ou employés attachés en sous-ordre aux fonctionnaires, les comptables, les scribes, les crieurs, les appariteurs, les geôliers étaient ordinairement des esclaves de la cité : c'était toujours le cas pour les exécuteurs des hautes œuvres. Les esclaves publics remplissent enfin quelquefois des fonctions tout à fait inférieures, comme ceux qui formaient les équipes des balayeurs, κοπρῶναι, ou d'ouvriers employés à la construction et à l'entretien des routes, ὁδοποιοί[4].

La condition des esclaves publics est naturellement beau-

(1) Aristote, *Polit.*, IV, 12, p. 144, 19 : αἱ δὲ ὑπηρετικαί, πρὸς ἃς ἂν εὐπορῶσι τάττουσι δούλους.

(2) Xénophon, *De vectig.*, IV, §§ 17 et s.

(3) Cf. sur les différents offices remplis par les esclaves publics : Schœmann-Galuski, I, p. 403 ; Wallon, I, p. 195 ; Müller-Busolt, IV, 1, p. 195 ; Gilbert, t. I, p. 191 ; Buchsenschutz, p. 164 ; Bœckh, t. I, p. 227 et 263 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Démosioi*.

coup plus douce que celle des esclaves privés, car personne n'est en particulier leur maître, puisqu'ils appartiennent à la cité. On peut, d'une manière générale, caractériser la situation des δημόσιοι en disant qu'elle est fort semblable à celle des étrangers domiciliés, des métèques. Ainsi d'abord, les esclaves qui sont employés dans les administrations publiques jouissent d'une certaine considération, et leurs noms, par exemple, sont quelquefois gravés sur les stèles à la suite des noms des magistrats au service desquels ils sont attachés [1]. Démosthène [2] nous dit même que les esclaves publics placés auprès d'un magistrat chargé du maniement des deniers de l'Etat sont appelés, dans une assez large mesure, à contrôler sa gestion et qu'ils servent d'auxiliaires à l'Etat pour déjouer les fraudes que ces magistrats pourraient être tentés de commettre. Les δημόσιοι sont, d'autre part, admis à participer aux fêtes religieuses, et des inscriptions témoignent même que l'Etat leur accordait ce dont ils avaient besoin pour y figurer honorablement [3].

Au point de vue du droit privé, les esclaves de la cité sont également bien mieux traités que les autres. Ils ont leur domicile propre, alors même que l'Etat leur assigne certains locaux pour les loger. Sauf le cas où ils peuvent être casernés, comme les Scythes, les esclaves publics ont la faculté de fixer où ils le veulent leur demeure particulière, et ils peuvent avoir leur maison et leur mobilier [4]. De même que les *servi publici* des Romains [5], les δημόσιοι ont le privilège d'avoir un patrimoine et d'en disposer librement. Ce patrimoine se compose des économies qu'ils peuvent faire sur le traitement assez modeste que la cité leur accorde, des menus profits qu'ils peuvent réaliser, plus ou

(1) *Corp. insc. att.*, II, 2, n° 737, p. 508.
(2) Demosthène, *C. Androt.*, § 70.
(3) *Corp. insc. att.*, II, n° 834, p. 527. Cf. Caillemer, *loc. cit.*
(4) Eschine, *C. Timarch.*, § 59. Cf. Büchsenschütz, p. 166; Schœmann-Galuski, I, p. 403; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 752; Caillemer, *loc. cit.*
(5) Ulpien, XX, § 16. Cf. Accarias, I, § 41.

moins honnêtement, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et enfin de ce qu'ils gagnent, en dehors de leurs fonctions, dans les moments de loisir. Ce patrimoine des δημόσιοι pouvait ainsi quelquefois être assez considérable, et Eschine [1] parle notamment d'un esclave public, nommé Pittalakos, qui avait ramassé beaucoup d'argent et qui, malgré l'infériorité de sa condition, menait une vie semblable à celle de beaucoup de citoyens de noble origine [2]. Les esclaves publics étaient capables, sans doute, de contracter un mariage valable, et on doit pareillement admettre que les enfants nés de leur union étaient appelés à leur succéder [3].

Les δημόσιοι, ayant la capacité d'être propriétaires, peuvent, en conséquence, avoir des procès à soutenir relativement à leur patrimoine. On s'est demandé s'ils avaient le droit de plaider librement, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs, ou bien s'ils ne devaient point, au contraire, être assistés, comme les métèques, d'un patron pris parmi les citoyens. Il est difficile de résoudre cette question. On voit, sans doute, dans un plaidoyer d'Eschine [4], l'esclave public Pittalakos, dont nous avons précédemment parlé, intenter une action pour voies de fait, la δίκη αἰκίας, contre deux citoyens d'Athènes, et l'orateur dit, à ce sujet, en parlant de Pittalakos, δίκην ἑκατέρῳ αὐτῶν λαγχάνει. Cependant on ne peut attacher trop d'importance à cette formule et en conclure que l'esclave public en question ait poursuivi personnellement l'instance. Cette même formule est, en effet, également employée à propos d'actions intentées par des mineurs ou des femmes [5], alors cependant que ces personnes sont, en raison de

(1) Eschine, *C. Timarch.*, § 54.

(2) Cf. Buchsenschütz, Schœmann-Galuski, Meier, Schœmann et Lipsius, Caillemer, *loc. cit.*

(3) Caillemer, *Succession*, p. 147. A Rome, les *servi publici* pouvaient disposer de la moitié de leurs biens par testament. Ulpien, XI, § 16.

(4) Eschine, *C. Timarch.*, § 62.

(5) Ainsi, dans le plaidoyer de Démosthène contre Macartatos (§ 15) il est dit, en parlant d'un mineur : ὁ παῖς οὗτος προσεκαλέσατο Μακάρτατον... καὶ ἔλαχε

leur incapacité, représentées dans l'instance par leur tuteur ou par leur kyrios. Il est donc plus sage de ne pas se prononcer sur la question [1].

Les esclaves publics, n'ayant pour maître qu'une personne morale, n'ont pas à redouter les mauvais traitements auxquels les esclaves des particuliers sont exposés. On voit cependant que quelquefois ils recourent à la protection des temples ou des autels sacrés pour se soustraire aux injures ou aux coups dont ils pouvaient être menacés [2].

La procédure que nous exposerons ultérieurement relativement aux procès en revendication d'esclaves ou d'hommes libres [3], est également applicable aux esclaves publics ou aux individus qui sont considérés comme tels. Il se peut d'abord que l'on revendique comme son esclave un individu qui, de fait, est traité comme un esclave public. On pourrait croire qu'en pareil cas le litige doit-être considéré comme un procès ordinaire en revendication contre le fisc, à qui appartient l'esclave, et que, dès lors, l'instance doit être introduite par voie de diadicasie, de φάσις ou d'ἀπογραφή. Cette manière de voir est cependant inadmissible, et il faut dire qu'ici c'est par voie d'ἀφαίρεσις que doit se produire l'opposition à la revendication du tiers. C'est, en effet, cette procédure qui, au témoignage d'Eschine [4], a été suivie dans le cas de Pittalakos. Celui-ci, qui était considéré comme δημόσιος, avait été reven-

πρὸς τὸν ἄρχοντα. Cf. Isée. *De Pyrrhi her.*, § 3, où il est dit, en parlant de Philé, ἡ εἰληχυῖα. V. *supra*, p. 213 et 372.

(1) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 752 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Démosioi*. Büchsenschütz (p. 167) croit que les δημόσιοι pouvaient ester personnellement en justice. *Contra :* Hermann, sur Becker, *Chariclès*, t. III, p. 36.

(2) Eschine, *C. Timarch.*, § 60 : τῇ δὲ ὑστεραίᾳ ὑπεραγανακτήσας τῷ πράγματι ὁ Πιττάλακος ἔρχεται γυμνὸς εἰς τὴν ἀγορὰν καὶ καθίζει ἐπὶ τὸν βωμὸν τὸν τῆς μητρὸς τῶν θεῶν. Hermann (*loc. cit.*) conclut de ce texte qu'un esclave public ne peut pas intenter personnellement une action en justice.

(3) V. *infra*, p. 513 et s.

(4) Eschine, *C. Timarch.*, §§ 54 et 62.

diqué par un nommé Hégésander, qui prétendait être son maître ; mais un ami de Pittalakos, nommé Glaucon, fit opposition, et, suivant les termes d'Eschine, αὐτὸν ἀφαιρεῖται εἰς ἐλευθερίαν. Il y a d'ailleurs une raison spéciale pour que le litige ne soit pas considéré simplement comme une revendication ordinaire contre le fisc, c'est que les esclaves publics sont dans une situation bien supérieure à celle des esclaves privés et qu'ils se trouvent, en quelque sorte, assimilés aux métèques [1]. C'est probablement aussi à la procédure de l'ἀφαίρεσις que l'on doit recourir, lorsque l'on prétend qu'un individu, considéré comme esclave privé est, en réalité, un esclave public. C'est enfin de la même manière que, selon nous, doit se trancher la question de savoir si un individu est libre ou δημόσιος [2].

Outre les villes, les temples pouvaient aussi avoir leurs esclaves. Il y avait d'abord au service des temples des esclaves chargés des offices inférieurs et acquis par le temple au moyen d'achats [3]. Ces esclaves, placés sous la surveillance directe des prêtres, ne se distinguaient guère des esclaves appartenant à des particuliers. Il semble toutefois que leur situation ait été plus douce [4]. Les temples possédaient, d'autre part, des esclaves spéciaux, nommés hiérodules, mais dont les relations avec leurs maîtres ne sont pas très bien connues. Les temples de Vénus, notamment, dans les grands centres de commerce, possédaient quelquefois des courtisanes que l'on avait coutume de consacrer à la déesse, et qui jouaient un rôle semblable à celui des bayadères de l'Inde moderne [5]. Nous n'insisterons pas sur ces hiérodules, car on en rencontre pas à Athènes.

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 663-664.
(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, *loc. cit.*
(3) Pausanias, III, 18, 4; V, 13, 3.
(4) Plutarque, *Amat.*, 21, 15.
(5) V. sur ces hiérodules : Hirtius, *Die Hierodulen*, Berlin 1818; Wallon, t. I, p. 193; Büchsenschütz, p. 167.

CHAPITRE IV

CESSATION DE L'ESCLAVAGE

1° Causes de cessation de l'esclavage.

(a) *Causes indépendantes de la volonté du maître.* — L'esclavage peut prendre fin sans la volonté du maître ou par l'effet d'une abdication volontaire de son droit de puissance. L'esclave peut d'abord acquérir la liberté sans la volonté du maître, soit de plein droit, soit en vertu d'une décision du peuple.

L'esclave qui est devenu tel par la captivité redevient libre de plein droit s'il reconquiert sa liberté par la fuite. Cette règle, que les Romains avaient admise pour leurs nationaux et également appliquée, par voie de réciprocité, à leurs prisonniers de guerre, était pareillement reçue dans le droit grec [1]. Dès lors, le citoyen athénien qui, après avoir été emmené en captivité, réussit à revenir dans la cité, rentre en possession de tous les droits dont l'avait privé la perte de sa liberté [2].

L'esclave peut, en second lieu, obtenir sa liberté contre la volonté de son maître par décision du peuple, en récompense des services qu'il a rendus à la république. A Athènes, l'Etat gratifia plusieurs fois de la liberté les esclaves qui

(1) Dion Chrysostome, XV, 26, p. 455 r : ὅταν γὰρ ποτε δυνηθῶσιν ἐκεῖνοι πάλιν ἀποφυγεῖν, οὐδὲν κωλύει ἐλευθέρους εἶναι αὐτοὺς ὡς ἀδίκως δουλεύοντας.

(2) Cf. Hermann-Thalheim, p. 32.

avaient combattu vaillamment dans l'armée ou dans la flotte. C'est ainsi que les esclaves qui avaient pris part à la bataille des Arginuses furent déclarés libres pour leur brillante conduite et obtinrent même le droit de cité, mais dans la mesure restreinte où il avait été accordé aux Platéens [1]. De même, après la bataille de Chéronée, la liberté fut promise aux esclaves qui s'associeraient à la défense du territoire [2]. Pareillement, s'il faut en croire Pausanias [3], dont le témoignage a été, il est vrai, mis en doute, tous les esclaves d'Athènes auraient été, avant la bataille de Marathon, déclarés libres et incorporés dans l'armée [4]. Ce n'est point, du reste, à Athènes seulement que l'Etat procédait ainsi avec les esclaves qui combattaient pour la république, et l'on trouve, dans plusieurs autres cités, des exemples d'affranchissements procédant de la même cause [5].

C'était également l'usage, à Athènes, de donner la liberté aux esclaves qui avaient rendu service à la cité en dénonçant un crime capital [6]. Spécialement, un décret rendu pour

(1) Schol. in Aristoph. *Ran.*, 106 : τοὺς συμμαχήσαντας ἐν Ἀργινούσαις δούλους ἐλευθεροῦσθαι καὶ ἐγγαφέντας ὡς Πλαταιεῖς συμπολιτεύεσθαι. Cf. Bruyn de Neve-Moll, *De peregrin. ap. Athen. condit.*, p. 44 ; Bœckh, t. I, p. 366.

(2) Dion Chrysostome, XV, 21, p. 453, r.

(3) Pausanias, VII, 15, 7.

(4) Cf. Hermann-Thalheim, p. 24, note 2, Büchsenschütz, p. 172, note 4 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apeleutheroi*.

(5) Ainsi, pendant le siège de leur ville par Alexandre le Grand, les Thébains affranchirent leurs esclaves : Diodore de Sicile, XVII, 11, 2. De même, à Rhodes, un décret rendu en l'an 304 avant J.-C. décidait que l'Etat rachèterait à leurs maîtres les esclaves qui se conduiraient bien pendant la guerre et que ces esclaves jouiraient du droit de cité : Diodore de Sicile, XX, 84, 3. A Corinthe, lors du siège de cette ville par Mummius, on affranchit une partie des esclaves : Pausanias, VII, 16, 8. A Ephèse, en 85 avant J.-C., on promit la liberté aux esclaves lors de la déclaration de guerre à Mithridate : Dareste Haussoulier et Reinach, p. 24, § 6. Les Samiens, d'après Aristote (Suidas, v° Σαμίων δῆμος) auraient, lors de leur révolte contre les tyrans, accordé le droit de cité aux esclaves moyennant la somme de cinq statères.

(6) Lysias, *Pro sacr. ol.*, § 16 ; *Pro sacril. Calliæ*, § 5. Cf. Platon, *Leges*, XI, p. 914 a.

réprimer les fraudes commerciales dont Athènes avait à souffrir, promettait la liberté à celui qui les dénoncerait s'il était esclave [1].

Dans les différentes hypothèses où la liberté était ainsi conférée aux esclaves en récompense des services rendus à la cité, ou bien il s'agissait d'un esclave public, ou bien, c'était un esclave privé. Dans le premier cas, la cité n'avait qu'à renoncer à son droit de propriété sur l'esclave. Mais dans le second, elle ne pouvait, sans injustice, dépouiller le maître de sa propriété sans lui accorder une indemnité correspondant à la valeur le l'esclave [2].

(b). *Causes dépendant de la volonté du maître. Affranchissement.* — L'esclave peut, avec le consentement de son maître, acquérir la liberté à titre onéreux ou à titre gratuit, par rachat ou par affranchissement.

Rachat. — L'esclave peut racheter sa liberté, soit avec les économies qu'il a réalisées et qui constituent son pécule, soit avec l'argent d'autrui. Cette perspective du rachat était un encouragement au travail, à la bonne conduite, et Aristote [3], bien que partisan de la nécessité de l'esclavage, dit que l'on doit toujours présenter aux esclaves la liberté comme le prix de leurs travaux. Le plaidoyer de Démosthène contre Nééra nous offre un exemple d'un semblable rachat. La courtisane Nééra rachète sa liberté de ses deux maîtres moyennant une somme de 1.000 drachmes payée comptant et de vingt autres mines qu'elle leur paiera plus tard [4]. Le prix du rachat peut donc être payé soit en

(1) Kœhler, *Inscr. attic.*, t. II, n° 546.

(2) Platon, *Leges*, XI, p. 914 a : δοῦλος... ἐλεύθερος ὑπὸ τῆς πόλεως ὀρθῶς γίγνοιτ' ἂν ἀποδιδούσης τῷ δεσπότῃ τὴν τιμήν. Cf. Gilbert, t. I, p. 193 ; Schœmann-Galuski, t. I, p. 401 ; Caillemer, *loc. cit.* ; Becker, *Chariclès*, t. III, p. 41.

(3) Aristote, *Polit.*, VII, 9. Cf. *Econom.*, I, 5.

(4) Démosthène, *C. Neær.*, § 30. Cf. Ross, *Inscrip. inéd.*, I, p. 4, n° 3 (de Mantinée) : ἠλευθέρωσαν Διδύμην τὴν ἰδίαν δούλην δοῦσαν τὴν ὑπὲρ ἑαυτῆς τιμήν. Dion Chrysostome, XIV, 440, r : οἱ δέ τινες τὴν αὑτῶν τιμὴν καταβεβλήκασι τοῖς δεσπόταις καὶ οὐ δήπου δοῦλοι εἰσιν οὗτοι αὐτῶν. Cf. XV, 453, r.

totalité immédiatement, soit par annuités, à certains termes convenus. C'est ce dernier parti que choisit Nééra, espérant gagner bientôt dans son métier l'argent nécessaire [1].

Ce mode d'extinction de l'esclavage fait naître plusieurs difficultés. On peut d'abord se demander comment un semblable pacte de rachat peut valablement intervenir entre le maître et l'esclave et être obligatoire pour le maître, puisque l'esclave, n'ayant point de personnalité juridique, est incapable de figurer dans un contrat. Nous serions, en conséquence, porté à admettre ici l'intervention d'un tiers, jouant en quelque sorte le rôle d'*assertor libertatis* et stipulant au nom de l'esclave son rachat. Aussi voit-on, dans le cas de Nééra, que la courtisane, après s'être entendue avec ses maîtres sur le prix de sa rançon, fait venir un de ses anciens amants; elle lui remet l'argent qu'elle possède et cet amant traite avec les maîtres de Nééra du rachat de celle-ci [2]. Dans l'affranchissement sous forme religieuse, c'est le dieu, acquéreur fictif, qui joue un rôle semblable à celui que nous attribuons ici au tiers [3].

Une autre question, plus délicate, est celle de savoir si le maître peut être contraint d'accepter le prix de rachat offert par l'esclave et de lui donner sa liberté, ou s'il doit consentir librement. Pour dire que l'esclave a le droit de forcer son maître au rachat, on a argumenté d'un passage de Plaute [4] qui, au premier abord, paraît favorable à cette opinion. On a également invoqué, dans le même sens, un texte de Dion Chrysostome dans un discours sur la liberté. Le rhéteur, s'adressant à l'esclave, après lui avoir cité

(1) Cf. Diogène Laërce, V, 4, 72 : *Δημητρίῳ ἐλευθέρῳ πάλαι ὄντι ἀφίημι τὰ λύτρα.* V. Hermann-Thalheim, p. 30, note 1.

(2) Démosthène, *C. Neaer.*, § 31. Cf. Hermann-Thalheim, p. 30, note 2.

(3) Cf. Büchsenschütz, p. 174.

(4) Plaute, *Casina*, II, v. 206 :

Quid? si tu nobis filiusque etiam tuus,
Vobis invitis atque amborum ingratiis,
Una libella liber possum fieri.

le cas où l'on peut devenir libre sans être affranchi par son maître, comme en face d'un danger public ou après une défaite, ajoute : « Mais ne puis-je m'affranchir moi-même en trouvant de l'argent pour me racheter » [1] ? Ces arguments ne nous paraissent nullement décisifs. En ce qui concerne d'abord le passage de Plaute, l'esclave parle de sa maîtresse et du fils de la maison ; mais, ainsi qu'on l'a très justement observé, il sous-entend le consentement de son maître, dont il sert la cause. Quant au texte de Dion Chrysostome, il n'a nullement la portée qu'on lui prête. L'auteur ne dit point que le maître peut être contraint au rachat, mais simplement que l'esclave peut obtenir sa liberté en en fournissant le prix à son maître. Il nous paraît plus conforme aux principes généraux de dire que le maître ne peut jamais être dépouillé malgré lui de sa propriété, même s'il s'agit de la propriété d'un esclave et que, sauf les affranchissements par l'État dont nous avons parlé, le seul cas où le maître puisse être exproprié de son esclave, est celui où il abuse envers lui de son droit de correction [2].

L'esclave a, d'autre part, la faculté d'user de son pécule non seulement pour se racheter lui-même, mais encore pour racheter, même de préférence à lui, d'autres personnes également en état de servitude. C'est ainsi que, dans une inscription de

(1) Dion Chrysostome, XV, p. 240-241 : τί δαὶ ἐμαυτὸν οὐκ ἄν σοι δοκῶ ἐλευθερῶσαι, εἴγε ἀργύριον πόθεν καταβάλλοι, τῷ δεσπότῃ, τοῦτον φημι τὸν τρόπον.

(2) Cf. en ce sens : Müller-Busolt, t. IV, 1, p. 196 ; Westermann, *in* Pauly's *Realencycl.*, t. IV, p. 1026 ; Hermann-Thalheim, p. 30 ; Hermann-Thumser, p. 417 ; Wallon, t. I, p. 335 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 627. *Contra* : S. Petit, p. 259 ; Caillemer, *loc. cit.* Gilbert, t. I, p. 193, ne se prononce pas sur la question. On peut, en faveur de la solution que nous avons admise, argument du testament d'Aristote et dans lequel le philosophe déclare, relativement aux enfants de ses serviteurs que, quand ils seront en âge, on les affranchira à leur juste valeur, κατ'ἀξίαν, ce qui signifie vraisemblablement qu'ils seront alors admis à se racheter eux-mêmes. Cf. Dareste, *Les testaments des philosophes grecs*, in *Annuaire* 1882, p. 6 et 7. Donc, sans cette clause du testament, les héritiers du philosophe auraient pu se refuser à l'affranchissement.

Delphes [1], on voit un père et une mère assurer à leur fille la liberté avant de l'acquérir pour eux-mêmes. Or le même fait pouvait évidemment se présenter à Athènes.

Affranchissement. — Dans l'affranchissement proprement dit, l'esclave acquiert la liberté à titre gratuit en vertu d'une renonciation formelle du maître à son droit de propriété. L'Etat ne prescrit point, à Athènes, des formes spéciales et solennelles pour les affranchissements. Ce sont là, en effet, des actes qui le laissent indifférent, en principe, puisque les affranchis ne deviennent point des citoyens, et l'Etat n'a dans les affranchissements qu'un intérêt tout à fait indirect, en raison de la redevance qu'il perçoit à cette occasion. Il n'y a point, en conséquence, à Athènes, de magistrat chargé d'intervenir dans les affranchissements, comme à Rome le magistrat qui préside à la *manumissio vindicta* [2]. Il suffit, de la part du maître, d'une manifestation formelle de sa volonté de donner la liberté à l'esclave. Aussi ne rencontre-t-on, dans le droit attique, nulle trace des distinctions admises par la législation romaine dans la condition des affranchis selon que l'affranchissement avait eu lieu ou non suivant les formalités ou rites prescrits par la loi [3].

L'affranchissement a lieu par acte de dernière volonté ou entre-vifs. Le maître peut d'abord laisser en mourant la liberté à son esclave et consigner sa volonté dans son testament. C'est ce que l'on voit notamment dans les testament des philosophes Platon, Aristote, Théophraste, Straton et Lycon, qui nous ont été conservés par Diogène Laërce [4]. La liberté est accordée tantôt purement et simplement, tantôt sous certaines conditions. Aristote dispose spé-

(1) Wescher et Foucart, n° 43.

(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 51.

(3) Schœmann-Galuski, t. I, p. 402.

(4) Diogène Laërce, III, 303 ; V, 1, 15 ; 2, 55 ; 4, 32 ; X, 21. — Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 1 et s.

cialement dans son testament qu'aucun des enfants de ses serviteurs ne sera vendu, mais qu'on emploiera leurs services et que, quand ils seront en âge, on les affranchira à leur juste valeur, κατ' ἀξίαν, c'est-à-dire qu'ils seront admis à se racheter eux-mêmes [1].

Lorque l'affranchissement a lieu entre-vifs, le maître cherche naturellement quelque moyen de publicité afin de donner plus de force à la manifestation de sa volonté. L'affranchissement se passe donc devant témoins et l'annonce en est faite dans les lieux où se rassemble le peuple, au théâtre, par exemple [2]. Toutefois, comme le peuple entendait avec une certaine impatience la voix du héraut interrompre ou couvrir la voix de l'acteur, un décret défendit de troubler les plaisirs du peuple dans ce seul but [3]. La déclaration d'affranchissement peut aussi être faite devant les tribunaux, où elle est certainement mieux à sa place [4]. Elle peut être également publiée dans les fêtes, dans les temples, ainsi qu'on peut l'induire d'un passage de Suidas où cet auteur rapporte que Cratès, montant sur un autel, s'écria : « Cratès affranchit Cratès », employant ainsi vraisemblablement pour s'affranchir de son propre joug une des formes de l'affranchissement ordinaire [5]. L'affranchis-

(1) V. *supra*, p. 471, note 2. Cf. comme cas d'affranchissement testamentaire : Wescher et Foucart, *Inscr. de Delphes*, nos 419 et 436.

(2) Eschine, *C. Ctesiph.*, § 41 : ἄλλοι δὲ τινες ὑποκηρυξάμενοι τοὺς αὑτῶν οἰκέτας ἀφίεσαν ἀπελευθέρους μάρτυρας τῆς ἀπελευθερίας τοὺς Ἕλληνας ποιούμενοι. Cf. la scholie de Victorius citée *in* Curtius, *Anecd. delph.*, p. 12.

(3) Eschine, *loc. cit.*, § 44.

(4) Plaute, *Persan.*, IV, 3, 480. Les indications de Plaute, dont on pourrait quelquefois se défier, sont confirmées ici par un fragment d'Isée rapporté dans Denys d'Halicarnasse, V, p. 596 R : ἐξειλόμην εἰς ἐλευθερίαν, εἰδὼς ἀφειμένον ἐν τῷ δικαστηρίῳ ὑπὸ Ἐπιγένους (Isée, fr. 62, éd. Didot, p. 334). Cf. Wallon, t. I, p. 333; Hermann-Thalheim, p. 26, note 1.

(5) Suidas, vo Κράτης, 3° : ἀρθεὶς ἐπὶ τοῦ βωμοῦ εἶπεν : ἐλευθεροῖ Κράτητα Θηβαῖον Κράτης. — Cf. *Corp. inscr. Gr. sept.*, I, 1779 : ἀφίειτι... ἐλεύθερον ἐναντία τῷ Ἀσκλαπίῳ κὴ τῷ Ἀπόλλωνος. Cf. Wallon et Hermann-Thalheim, *loc. cit.* Suivant Schœmann-Galuski (t. I, p. 402, note 6), un passage d'Aristo-

sement peut, d'ailleurs, pour plus de garantie, être constaté par quelque monument particulier, comme par des inscriptions sur la pierre que l'on a retrouvées dans les différentes cités grecques, ou par l'inscription sur des registres publics, ainsi que cela a lieu à Athènes où les affranchis, assimilés aux métèques, doivent avoir, comme ceux-ci, un registre spécial à côté du ληξιαρχικὸν γραμματεῖον où figurent les citoyens du dème.

C'est un usage assez répandu, dans les cités grecques, et qui doit probablement être suivi à Athènes, que les héritiers présomptifs du *manumissor* interviennent lors de l'affranchissement [1]. Leur présence n'est sans doute pas nécessaire pour la validité de cet acte, mais elle sert de garantie, d'abord au point de vue de la publicité et, en second lieu, en raison de l'adhésion expresse ou tacite que les héritiers donnent à l'affranchissement, et qui permet d'élever plus tard une fin de non-recevoir contre les contestations qu'ils pourraient soulever relativement à la validité de l'affranchissement [2].

Dans un certain nombre de villes grecques, l'affranchissement n'a lieu que moyennant le paiement d'un certain droit payé par l'affranchi lors de son inscription sur les registres de la cité. C'est ainsi qu'à Lamia, en Thessalie, les affranchis qui avaient racheté leur liberté à leur maître

phon, cité par Athénée (XI, p. 472), ferait supposer qu'il existait un mode d'affranchissement analogue à celui qu'a Rome on nomme *per mensam*.

(1) V. pour les inscriptions de Delphes : Foucart, *Mémoire sur l'affr.*, p. 7, 8 ; Curtius, *Anecd. delph.*, p. 38 ; pour Chéronée, *Corp. inscr. Gr. sept.*, I, 3301, 3309, 3312, 3325, 3366, 3386 ; pour Tithora, Ulrichs, *Rhein. Mus.*, N. F. II, p. 554 ; *Bulletin*, V, p. 108 et s. Le consentement des héritiers est quelquefois mentionné par un acte spécial. *Corp. inscr. Gr. sept.*, n° 3372 : ἔγγραφον ἀποτίθενται εὐαρεστοῦντες τὴν ἀνιέρωσιν ἣν πεπόηται Φιλόξενος κτλ.

(2) Cf. Hermann-Thalheim, p. 25, note 5 ; Mitteis, p. 372-373. Telle est également la solution du droit romain. L. 7, Cod. Just., *De statu lib.*, XVI, 32 : « Subscriptio filii manumittentis me addere secuta nec amissa detrahere libertati quidquam potest. » Cf. l. 7, Cod. Just., *De collus. deteg.*, XX, 1.

étaient tenus de payer, outre la somme convenue pour le rachat, une somme de quinze statères à la ville qui, en retour, reconnaissait et garantissait formellement leur affranchissement. Cette somme était versée une fois pour toutes [1]. Il est assez délicat de savoir si, à Athènes, les affranchis sont soumis au paiement d'une taxe analogue. Harpocration nous dit que les affranchis, outre le μετοίκιον, dont nous parlerons ultérieurement, doivent payer une autre taxe, qu'il nomme le triobole et qui, d'après lui, était peut-être payée au fermier de l'impôt [2]. Cette taxe ne nous est connue que par les lexicographes, qui eux-mêmes ne se rendaient pas très bien compte de sa signification. Aussi est-il assez difficile d'en déterminer la portée exacte. On a prétendu que le triobole remplaçait la taxe que l'Etat percevait antérieurement sur les esclaves et que, pour ne rien perdre aux affranchissements, il reportait sur la tête de l'affranchi, devenu personne responsable, l'impôt qu'il perdait sur le maître [3]. Mais cette explication est fort contestable. Rien ne prouve, en effet [4], qu'il ait existé à Athè-

(1) Cf. Rangabé, *Antiq. hell.*, II, nos 946-952 ; Curtius, *Anecd. delph.*, p. 13 et s. V. pour Mantinée, Le Bas et Foucart, *Inscr. du Pélop.*, 352 ; pour Kalymna, *Bulletin*, VIII, p. 43 ; pour Hypata, Lolling, *Mittheilungen*, IV, p. 211 ; pour Chéronée, *Corp. inscr. Græc. Sept.*, I, n° 3303 ; pour Elatée, *Bulletin*, XI, p. 338 ; pour la Thessalie, Heuzey, *Le Mont Olympe et l'Acarnanie*, nos 2, 3, 11, 14, 18, p. 467-477 et *Mission arch. en Macédoine*, p. 431 et s. nos 214, 215, 219. Cf. Wallon, t. I, p. 485 ; Büchsenschütz, p. 173 ; Hermann-Thalheim, p. 25, note 4 et p. 26, note 2.

(2) Harpocration v° μετοίκιον tire ce renseignement de deux pièces de Ménandre : Μένανδρος δ'ἐν 'Αναθιμένῃ καὶ ἐν Διδύμαις πρὸς ταῖς ιβ' δραχμαῖς καὶ τριώβολον φησι τούτους τελεῖν, ἴσως τῷ τελώνῃ. Il est évident que, par le mot τούτους, Harpocration vise, à l'exclusion des métèques proprement dits, les seuls affranchis dont il a parlé précédemment. C'est donc à tort, croyons-nous, que Pollux (III, 55) et Hesychius (v° μετοίκιον) appliquent le triobole à tous les métèques. Cf. en ce sens, Clerc, *Métèques*, p. 284.

(3) Pollux (*loc. cit.*) dit, au contraire, qu'on payait la taxe au greffier, tandis qu'Hésychius affirme que c'était au fermier. Cf. Bœckh, 3e éd., t. I, p. 401.

(4) Bœckh, *loc. cit.*

(5) V. *supra*, p. 450.

nes une taxe sur les esclaves, et, en outre, on ne voit pas bien en vertu de quel principe l'Etat aurait fait payer à des hommes libres l'impôt que d'autres lui versaient antérieurement pour leurs esclaves. L'interprétation la plus plausible, à notre avis, est celle qui voit dans le triobole une taxe analogue à celle dont nous avons parlé et qui était perçue dans d'autres villes lors des affranchissements, mais une fois pour toutes. On peut seulement trouver étonnant que la taxe fût aussi minime à Athènes, et elle ne pouvait évidemment figurer au nombre des revenus réels de la cité. C'était plutôt, comme le dit Pollux, une sorte de rémunération faite au greffier, en raison de l'inscription de l'affranchi sur la liste des métèques [1].

En dehors d'Athènes, les affranchissements ont lieu avec des formes variées qui nous ont été révélées par d'assez nombreuses inscriptions. Dans les cités de race ionienne, il est probable que, de même qu'à Athènes, il n'y avait aucune forme spéciale pour les affranchissements. Dans les autres cités on rencontre deux formes principales d'affranchissement, l'une civile, l'autre religieuse. La forme civile est pratiquée à Mantinée [2] et dans un grand nombre de villes thessaliennes. Dans ces dernières, l'esclave recouvre sa liberté soit à titre onéreux, soit à titre gratuit ; il paie à la cité une certaine redevance, et les magistrats inscrivent son nom et celui du maître sur une stèle [3].

Dans d'autres cités, l'affranchissement revêt un caractère religieux et il se pratique ainsi soit sous la forme de consécration à la divinité, soit sous forme de vente au Dieu. C'est ainsi d'abord qu'à Elatée les affranchissements sont faits sous forme de consécration à Asclépios, qui avait un temple dans la ville. L'acte a lieu devant les synèdres et est enregistré

(1) Cf. en ce sens, Clerc, p. 285.
(2) Le Bas et Foucart, *Inscript. du Pélopon.*, sect. VI.
(3) Cf. Heuzey, *loc. cit.*; Foucart, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apeleutheroi*.

moyennant le paiement d'un droit [1]. Cette forme est également employée dans plusieurs villes de la Béotie et de la Phocide. Ainsi à Orchomène le maître consacrait à Sérapis et à Isis l'esclave qu'il voulait affranchir, et il était désormais interdit de mettre la main sur lui pour le réduire en servitude ; le prêtre et les magistrats devaient protéger sa liberté contre toute tentative de ce genre et en punissaient l'auteur d'une amende [2]. On retrouve encore des consécrations analogues dans les temples de Sérapis à Chéronée et et à Coronée [3], d'Athéna Poliade à Daulis [4] et d'Asclépios à Stiris [5]. D'une manière générale, l'affranchissement par voie de consécration à la divinité est à titre gratuit. Toutefois le *manumissor* a naturellement le droit de stipuler certaines restrictions à son profit [6].

La forme religieuse d'affranchissement la plus originale et la plùs intéressante est celle qui a lieu par forme de vente à une divinité. On a trouvé des exemples de ces affranchissements dans divers temples de la Grèce, dans ceux de Dionysios à Naupacte, d'Asclépios à Elatée, de Sérapis à Tithorée, d'Aphrodite Syrienne à Physcis en Etolie [7]. Mais c'est surtout à Apollon Pythien à Delphes qu'il était d'usage de vendre ainsi des esclaves. Les habitants de toutes les villes voisines y amenaient au dieu des esclaves pour les lui vendre ; quelques-uns même ve-

(1) Curtius, *Anecd. delph.*, n° 39 ; *Bulletin*, X (1886), p. 376 et s. Toutefois, dans une autre inscription d'Elatée (*Bulletin*, XI (1887), p. 338) l'affranchissement a lieu en vertu d'un double décret du conseil des synèdres et du peuple.

(2) Decharme, *Arch. des missions scient.*, t. IV, p. 486 et s.

(3) *Corp. inscr. Gr., sept.*, I, 3301, 3406, 2872.

(4) Dittenberger, *Syll.*, 445.

(5) *Ibid.* Dans une inscription de Stiris (*Bulletin*, V (1881), p. 448) il est dit : ἀφίησι καὶ παρακατίθησι. L'affranchi apparaît ainsi comme un dépôt. Cf. Hermann-Thalheim, p. 26, note 4.

(6) Foucart, *loc. cit.*

(7) Foucart, *loc. cit.* et *Mémoire sur l'affranch.*, p. 13.

naient d'assez loin, d'Athènes notamment. Les nombreuses inscriptions qui ont été trouvées à Delphes jettent un jour complet sur le mécanisme et les effets d'une opération que nous allons résumer dans ses traits essentiels. Les inscriptions de Delphes ont d'ailleurs une portée plus considérable, et elles peuvent contribuer à déterminer, d'une manière générale, la condition des affranchis dans le droit grec [1].

L'affranchissement par forme de vente à la divinité constitue, en réalité, un véritable rachat de l'esclave par lui-même; seulement il emploie l'intermédiaire du dieu et donne à celui-ci la somme destinée à payer au maître sa rançon. Voici la formule la plus simple de cette vente, telle qu'elle était usitée au IIe siècle avant notre ère : « Cléon, fils de Cléoxénos, a vendu à Apollon Pythien un corps mâle, qui a nom Istiæos, Syrien, pour le prix de quatre mines, à condition qu'Istiæos soit libre et que nul ne puisse mettre la main sur lui pendant toute sa vie » [1]. Cette vente est accompagnée d'une cérémonie religieuse rappelant l'origine de cet usage, c'est-à-dire la consécration au service de la divinité des esclaves qui devenaient des hiérodules et restaient attachés au temple. Le maître, accompagné de l'esclave, se présente devant le temple d'Apollon, où il est reçu par les prêtres qui amènent l'esclave au dieu, et qui, en présence des sénateurs et d'un certain nombre de témoins, remettent au maître le prix convenu. L'esclave appartenait désormais au dieu, sauf les restrictions que le maître pouvait avoir apportées à la vente. Mais, à la diffé-

(1) Cf. sur les inscriptions de Delphes : Curtius, *Anecd. delph.*, nos 1-39; Wescher et Foucart, *loc. cit.*; Haussoulier, *Bulletin*, V, p. 408-434; Couve et Bourguet, *ibid.*, XVII, p. 343 et s.; Joubin, *ibid.*, p. 451; Curtius, *in Gœtt. Nachr.*, 1864, Abth. II, 393 et s.; Foucart, *loc. cit.*; Büchsenschütz, p. 175 et s.; Newton, *Die griech. Inschrift.*, p. 60. — Nous nous bornons ici à résumer le *Mémoire* de Foucart.

(2) Wescher et Foucart, no 73.

rence de ce qui avait lieu à l'origine, l'esclave ne demeurait point attaché au temple en qualité d'hiérodule ; il avait la liberté d'aller où il voulait et d'habiter où bon lui semblait, sans que personne eût le droit de mettre la main sur lui pour l'asservir. La vente était donc, en principe, purement fictive, et elle n'avait de réalité qu'en ce qui concerne les obligations stipulées réciproquement entre les parties.

Le vendeur, d'abord, doit fournir une série de garanties pour assurer à l'acquéreur fictif la paisible possession de ce qu'il lui vend, notamment le consentement de ses héritiers présomptifs, ou des garants spéciaux, comme dans la vente ordinaire, et nommés βεβαιωτῆρες. Les héritiers et les garants s'engagent à respecter et à faire respecter la vente faite au dieu. L'acte de vente peut également contenir certaines stipulations spéciales destinées à protéger l'affranchi contre les attaques dont sa liberté pourrait ensuite être l'objet, comme cette clause que tout citoyen pourra, sans être exposé à aucun procès, ni encourir aucune amende, venir au secours de l'affranchi menacé dans sa liberté : on soustrait ainsi le défenseur de l'affranchi aux dangers auxquels il est exposé dans l'ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν.

La vente faite au dieu n'a point nécessairement pour effet de conférer à l'esclave la liberté immédiate. Le maître, en effet, peut, tout en donnant la liberté à son esclave, faire ses conditions et stipuler un certain nombre de restrictions portant soit sur les biens, soit sur la personne de l'esclave. Nous aurons occasion de les signaler en étudiant la condition des affranchis. Si les conditions du contrat ne sont pas remplies par l'esclave, la vente faite au dieu est annulée. Cette vente n'est valable et l'esclave ne devient complètement libre qu'après l'accomplissement de toutes ses obligations. En cas de contestation sur le point de savoir si l'esclave a ou non rempli ses engagements, la difficulté est tranchée par un tribunal de trois arbitres, qui décident souverainement, après avoir prêté serment : ces arbitres

étaient désignés d'avance et choisis par les parties. Au surplus, pour prévenir ces contestations, le maître et l'esclave prononcent, en présence des prêtres et des témoins, un serment réciproque au nom d'Apollon, le premier s'engageant à ne nuire à l'esclave ni directement ni indirectement, par lui-même ni par un tiers, le second jurant de ne pas faire tort au maître pendant le temps qu'il devrait encore lui rendre des services.

En définitive, comme le remarque très bien Foucart [1], « cette forme d'affranchissement, très avantageuse pour le maître qui pouvait à la fois recevoir le prix de l'esclave et conserver ses services, était également recherchée par celui-ci, parce qu'elle lui donnait quelques droits et l'espérance de la liberté ; elle lui assurait, en outre, un certain nombre de garanties, depuis qu'il était censé être devenu la propriété du dieu. Mais elle ne pouvait pas conduire à l'extinction de l'esclavage, parce que, les besoins restant les mêmes, le maître remplaçait le serviteur vendu par un autre qu'il pouvait payer avec l'argent même qu'il avait reçu du dieu. »

2° Condition des affranchis.

(a). *Conditions des affranchis au point de vue du droit public.* — L'esclave, une fois affranchi, ne devient pas citoyen et l'affranchissement, à Athènes, est loin de produire un effet aussi complet qu'à Rome [2]. Il place simplement

(1) Foucart, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*

(2) Il faut donc se garder de prendre a la lettre ce que Plaute (*Pers.*, IV, 3, 471) fait dire à Dordalus en parlant d'une courtisane qu'il vient d'affranchir :

Summe probus sum, lepidus civis, qui atticam hodie civitatem
Maxumam majorem feci atque auxi cive femina.

Plaute s'est laissé égarer sur ce point par les souvenirs de l'affranchissement romain.

l'affranchi dans une condition intermédiaire entre celle de l'esclave et celle du citoyen. D'une manière générale, l'affranchi est, quant à sa condition dans la cité, assimilé aux métèques, ou étrangers domiciliés qui, sans être citoyens, font néanmoins partie de la cité dans une certaine mesure. C'est cette identité de situation qui fait qu'on désigne quelquefois l'affranchi sous le nom de ξένος [1]. La langue athénienne a toutefois des expressions plus exactes et plus spéciales pour désigner l'affranchi, celles d'ἀπελεύθερος et ἐξελεύθερος. De vives discussions se sont engagées entre les rhéteurs sur le point de savoir quelles différences pouvaient exister entre ces deux expressions, différences attestées par Athénée [2], sans que cependant cet auteur les indique. Suivant les uns, le terme ἐξελεύθερος aurait désigné plus particulièrement, à l'origine, les personnes délivrées de l'esclavage pour dettes, le mot ἀπελεύθερος étant réservé aux affranchis ordinaires [3]. Suivant d'autres, le mot ἐξελεύθερος s'appliquerait spécialement aux fils d'affranchis [4]. Quoi qu'il en soit de ces divergences de signification sur lesquelles nous ne chercherons pas à prendre parti, il paraît certain, comme l'attestent plusieurs grammairiens [5], que les deux expres-

(1) Démosthène, *C. Neær.*, § 17. D'autre part, Isée (fr. 62, Didot, p. 334) emploie l'expression μέτοικος en parlant du banquier Eumathes, affranchi, à qui les héritiers de son patron contestaient sa liberté, prétendant qu'en réalité il était leur esclave.

(2) Athénée, III, p. 115 *b*.

(3) Ammonius, p. 20 : ἀπελεύθερος μὲν γάρ ἐστιν ὁ ἐκ δούλου ἠλευθερωμένος. ἐξελεύθερος δὲ, ὁ γενόμενος διὰ χρέα προσήλυτος ἢ κατ' ἄλλην τινὰ αἰτίαν δουλεύσας, εἶτα ἐλευθερωθείς. Etymol. Gud., t. 2, p. 193 (Sturtz) : ἐξελεύθερος μὲν γὰρ λέγουσι τοὺς διὰ χρέος προσθέντας τοῖς δανεισταῖς γενομένους, ἀπελευθέρους δὲ τοὺς ἔπειτα ἀπολυθέντας συνήθως. Eustathius, *ad. Odys.*, ξ, 63, p. 1751, 2 : ἐξελεύθερον μὲν εἶπ ν τὸν διὰ χρέος ὑπὸ τῷ δανειστῇ γενόμενον δούλου δίκην, εἶτα ἀπολυθέντα· ἀπελεύθερον δὲ τὸν ἐν τῇ κοινῇ συνηθείᾳ. — Cf. Harpocration, ed. d'Oxford, Dindorf, præf. p. VII : ἀπελεύθερος : δοῦλος ὤν, εἶτα ἀπολυθεὶς τῆς δουλείας, ὡς καὶ παρ' Αἰσχίνῃ. ἐξελεύθερος δὲ ὁ διά τινα αἰτίαν δοῦλος γεγονὼς, εἶτα ἀπολυθείς.

(4) Hesychius, v° ἐξελεύθεροι· οἱ τῶν ἐλευθερουμένων υἱοί.

(5) Ammonius, *loc. cit.* : ἤδη μέντοι καὶ ἀδιαφόρως χρῶνται τοῖς ὀνόμασιν

sions en question avaient fini par être employées indifféremment [1].

L'affranchi, jouissant de la liberté, est autorisé à dépouiller les insignes de l'esclavage. Il peut ainsi laisser croître ses cheveux [2]. Il peut également allonger son nom pour lui donner une forme plus noble : un Stéphanos, par exemple, s'appelle désormais Philostéphanos, Simon devient Simonide et Sosie Sosistrate [3]. L'affranchi n'en reste pas moins, au point de vue du droit public, dans une situation inférieure à celle des hommes libres de naissance, et la cité n'a pas assez de confiance en lui pour en faire immédiatement un citoyen [4]. Il n'existe d'ailleurs, dans le droit attique, ainsi que nous l'avons précédemment observé, aucune différence entre les affranchis dans leurs rapports avec la cité, suivant qu'ils ont été affranchis avec des formes plus ou moins solennelles. Tous jouissent de la liberté, mais ils sont tous aussi rangés dans la catégorie des métèques [5]. Ils sont

(scil. ὀνόμασιν). Harpocration, *loc. cit* : ἔστι δ'ὅτε καὶ οὐ διαφέρουσιν. Bekker, *Anecd.*, I, p. 95, 12 : ἐξελεύθερον ἀντὶ τοῦ ἀπελεύθερον.

(1) Cf. Bruyn de Neve-Moll, p. 18 ; Büchsenschütz, p. 176, note 4 ; Hermann-Thalheim, p. 25, note 3 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apeleutheroi* ; Clerc, p. 283.

(2) V. les lexicographes au mot ἀνδραποδώδη τρίχα. Cf. Wallon, t. I, p. 349.

(3) V. *Epigr. Anth.*, II, 47, p. 262 ; Lucien, *Le coq ou le singe*, 14 ; *Timon*, 22. Cf. Wallon, t. I, p. 349.

(4) Dion Chrysostome, XV, 17 : οὐκ οἶσθα τὸν Ἀθήνησι νόμον παρὰ πολλοῖς δὲ καὶ ἄλλοις, ὅτι τὸν φύσει δοῦλον γενόμενον οὐκ ἐᾷ μετέχειν τῆς πολιτείας. Xénophon, *Hellen.*, VII, 3, 8, dit, en parlant d'Euphron de Sicyone : καὶ μὴν πῶς οὐκ ἀπροφασίστως τύραννος ἦν, ὃς δούλους οὐ μόνον ἐλευθέρους, ἀλλὰ καὶ πολίτας ἐποίει.

(5) Il est assez difficile de savoir quelle est la situation faite aux affranchis par la loi de Gortyne. Un décret du peuple gortynien (rapporté dans Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 403, E) porte que les affranchis (ἀπελεύθεροι), auront le droit de s'établir, s'ils le veulent, dans le quartier du Latosion et sur le pied d'égalité absolue avec les gens du quartier (ἐπὶ ταῖ Fίσ Fαι καὶ τᾶι ὁμοίαι). On ne peut dire avec certitude si ce décret leur confère l'égalité des droits avec les citoyens ou seulement avec les métèques. Si l'on admet que le Latosion était réservé aux métèques, et que les affranchis étaient placés sous la protection du cosme des étrangers, correspondant au polémarque d'Athènes, on doit plutôt

toutefois, en fait, eu égard à leurs rapports vis-à-vis de leur ancien maître, dans une situation inférieure à celle des métèques, ce qui explique que dans certaines localités on les nomme après ceux-ci dans l'énumération des divers habitants de la cité [1].

L'assimilation des affranchis aux métèques fait qu'à Athènes il n'est presque jamais question des affranchis dans les actes concernant leurs rapports vis-à-vis de la cité. Ainsi, dans les recensements, il n'est fait mention que des citoyens, des esclaves et des métèques, et l'on ne signale jamais les ἀπελεύθεροι [2]. Les affranchis ne figurent point non plus dans l'énumération des forces militaires d'Athènes, et cependant il est manifestement inadmissible que les affranchis n'aient pas été tenus au service militaire, soit comme hoplites, soit au moins comme infanterie légère [3]. Devant les tribunaux, on ne parle d'eux spécialement qu'en ce qui concerne la δίκη ἀποστασίου, qui peut leur être intentée par leur ancien maître.

Mais il est question des affranchis, et avec quelques détails, à propos des obligations financières qui leur incombent vis-à-vis de la cité. Harpocration [4], s'appuyant sur plusieurs passages des poètes comiques, nous dit que les affran-

décider que les affranchis de Gortyne étaient juridiquement assimilés aux étrangers. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 420, 421 et 492.

(1) *Corp. inscr. gr.*, 2360 (Kéos) : καὶ τοὺς μετοίκους καὶ τοὺς ἀπελευθέρους. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 24, § 6 (Ephèse) : τοὺς ἰσοτελεῖς καὶ παροίκους καὶ ἱεροὺς καὶ ἐξελευθέρους καὶ ξένους. Cf. Frænkel, *Inschr. v. Pergamon*, I, n° 249, 12 et s. Il faut observer que la loi d'Ephèse distingue, au point de vue des effets de l'affranchissement, entre les diverses classes d'esclaves. Les esclaves qui prendront les armes pour la défense de la cité et que la loi récompense alors par la dation de la liberté, n'auront que la qualité de métèques ; mais les esclaves sacrés deviendront citoyens.

(2) Clerc, p. 283.

(3) Clerc, *ibid.*

(4) Harpocration, v° μετοίκιον : ὅτι δὲ καὶ οἱ δοῦλοι ἀφεθέντες ὑπὸ τῶν δεσποτῶν ἐτέλουν τὸ μετοίκιον, ἄλλοι τε τῶν κωμικῶν δεδηλώκασι, καὶ Ἀριστομένης. Cf. Suidas, v° μετοίκιον.

chis payaient, comme les métèques, le μετοίκιον, c'est-à-dire une taxe correspondant à ce que nous appelons un impôt direct personnel, ou capitation, et se montant à douze drachmes par an pour les hommes et à six drachmes pour les femmes [1]. Si les affranchis paient le μετοίκιον, c'est qu'ils sont inscrits sur le rôle des métèques, c'est-à-dire sur la liste des dèmes. Il y avait, en effet, à côté du ληξιαρχικὸν γραμματεῖον, où figuraient les citoyens de chaque dème, un second registre où figuraient les métèques et qui était pour eux, comme l'autre pour les citoyens, la base de tous leurs droits et de tous leurs devoirs [2]. C'est sur ce registre spécial aux métèques que sont inscrits également les affranchis. Ceux-ci paient, outre le μετοίκιον, une autre taxe qui leur est propre et qui ne pèse point sur les métèques, à savoir le triobole, dont nous avons précédemment déterminé la signification [3].

En Grèce, le droit de propriété foncière était généralement considéré comme inhérent au droit de cité, de sorte que nul ne pouvait devenir propriétaire foncier s'il n'était citoyen [4]. En conséquence, la seule propriété qui fût accessible aux étrangers, même domiciliés, était la propriété mobilière : aussi la classe des métèques fournissait-elle beaucoup de négociants, d'armateurs et de banquiers, mais elle était rigoureusement exclue de la possession du sol [5]. Les affranchis, en raison de leur assimilation aux métèques, se trouvent donc également dans l'impossibilité de posséder des immeubles en Attique [6]. Xénophon, dans son traité des *Revenus d'Athènes*, croyait proposer une innovation

(1) V. sur cet impôt, Clerc, p. 15 et s.

(2) Cf. Clerc, p. 236 et s.

(3) V. *supra*, p. 475.

(4) V. *infra*, liv. II, tit. II, chap. I, sect. III, Capacité de posséder et d'acquérir.

(5) Aristote, *Econom.*, II, 2, 3 : οὐκ οὔσης αὐτοῖς ἐγκτήσεως (à propos des métèques de Bysance) Cf. Pollux, VII, 15.

(6) Guiraud, p. 146.

bien hardie en demandant qu'il fût permis aux métèques, et partant aux affranchis, d'acquérir dans l'intérieur de la ville des terrains à bâtir [1].

De la défense de posséder le sol dérivent deux autres interdictions qui pèsent sur les métèques et les affranchis. C'est d'abord l'interdiction de prêter sur hypothèque. L'immeuble hypothéqué pouvant, en effet, faute de paiement par le débiteur, tomber au pouvoir du créancier, il en résulte que celui qui ne peut devenir propriétaire de l'immeuble ne peut prendre hypothèque sur ce dernier. Cette solution est consacrée formellement, en ce qui concerne spécialement les affranchis, par un passage du plaidoyer de Démosthène pour Phormion, où l'orateur, parlant de l'affranchi Phormion, successeur du banquier Pasion, nous dit que « n'ayant pas encore le droit de cité, il se trouvait hors d'état de recouvrer les sommes prêtées par Pasion sur des exploitations rurales » [2]. C'est qu'en effet, si on avait reconnu la propriété de ces créances à Phormion, celui-ci aurait eu, comme créancier hypothécaire, le droit de prendre possession des immeubles qui leur étaient affectés, ce qui était légalement impossible [3]. L'autre droit interdit aux étrangers, et par conséquent, aux affranchis, est celui d'ἐπινομία ou de pâture sur les terrains communaux [4]. On ne voit pas, il est vrai, l'épinomie figurer dans les décrets honorifiques athéniens. Il est cependant vraisemblable qu'à Athènes, de même que dans les autres villes de la Grèce, les citoyens seuls avaient le droit de mener leurs troupeaux sur les ter-

(1) Xénophon, *De Vectig.*, II, 6.

(2) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 6 : ὁρῶν ὅτι, μήπω τῆς πολιτείας αὐτῷ παρ' ὑμῖν οὔσης, οὐχ οἷός τ' ἔσοιτ' εἰσπράττειν ὅσα Πασίων ἐπὶ γῇ καὶ συνοικίαις δεδανεικὼς ἦν.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 671 ; Hermann-Thalheim, p. 6, note 1 ; Meier, *Comm. epig.*, p. 53 ; Guiraud, p. 146 ; Clerc, p. 79; Hitzig, p. 33 ; Thumser, *Unters. über die attischen Metœken*, in *Wiener studien*, VII, p. 44.

(4) Pollux, VII, 142, 184.

rains communaux, et que les étrangers ne pouvaient, à moins d'une dispense spéciale, obtenir le même privilège que moyennant le paiement d'une redevance annuelle [1]. Les affranchis se trouvaient donc dans la même situation.

En ce qui concerne les droits personnels, il en est un que l'on a voulu refuser aux métèques, à savoir l'ἐπιγαμία ou droit de contracter un mariage valable avec une citoyenne athénienne. Mais, ainsi que nous l'avons précédemment démontré [2], il n'existe, dans le droit attique, aucun empêchement au mariage provenant de l'extranéité des parties. Donc il peut également y avoir un mariage valable entre citoyens athéniens et affranchis. Tel est précisément le cas de Phormion qui, affranchi par Pasion, épouse la veuve de son ancien maître [3].

Sauf les restrictions que nous avons indiquées relativement au droit de posséder des immeubles, les affranchis, comme les métèques, ont la pleine jouissance des droits civils reconnus aux autres citoyens. Ils peuvent, dès lors, être propriétaires de meubles, par suite, posséder des esclaves et avoir eux-mêmes des affranchis qui sont tenus envers leurs patrons ἀπελεύθεροι des mêmes obligations qu'envers des patrons citoyens, et cela sous la même sanction. C'est ce que prouvent notamment les fragments d'un plaidoyer d'Isée consacré à la défense d'un affranchi accusé d'ingratitude envers son patron nommé Apollodore et métèque athénien [4]. Les catalogues des phiales d'argent offertes à Athènes par des affranchis [5] montrent également que les procès ἀποστασίου intentés par des métèques à leurs affranchis étaient tout

(1) Clerc, p. 79. Cf. sur l'épinomie, Monceaux, *in* Daremberg et Saglio, v° *Epinomia*.

(2) V. *supra*, t. I, p. 179 et s.

(3) Démosthène, *Pro Phorm.*

(4) Isée, fr. (Didot), p. 313 : Harpocration, v° πολέμαρχος.

(5) *Corp. inscr. att.*, II, 2, 768, 772, 773.

aussi fréquents que les procès de même genre intentés par des patrons citoyens et que la loi ne faisait à cet égard aucune différence entre les uns et les autres [1]. Donc ce qui est vrai d'un patron métèque doit l'être également d'un patron ἀπελεύθερος.

La protection des droits de famille et de propriété des affranchis est formellement attribuée par la loi à un magistrat spécial, le polémarque. Celui-ci, d'après Aristote, « instruit les envois en possession de successions et de filles épiclères en faveur des métèques, et, d'une manière générale, toutes les actions qui relèveraient de l'archonte éponyme, s'il s'agissait de citoyens, compètent au polémarque, s'il s'agit de métèques [2]. » Si toutefois les droits de famille et de propriété des affranchis ne sont pas moins bien protégés que ceux des citoyens, les affranchis ne peuvent faire valoir ces droits en justice avec la même liberté que les citoyens, car ils sont assujettis à l'obligation d'avoir un patron, ou προστάτης, lequel, d'après certains auteurs, sert d'intermédiaire entre le métèque ou l'affranchi et les tribunaux près desquels il est obligé de plaider [3].

En définitive, si l'on considère la condition publique des affranchis, on voit qu'à Athènes, à la différence de ce qui a eu lieu à Rome, les affranchis ne formaient point, aux yeux de l'Etat, une classe particulière; ils entraient, par le fait même de leur affranchissement, dans la classe des métèques et n'en différaient guère que par le paiement du triobole. Platon, dans son *Traité des Lois*, assimile également l'affranchi au métèque. Il décide, en conséquence que, comme celui-ci, l'affranchi ne peut rester dans le pays plus de vingt ans, à moins d'une permission spéciale, et, si sa fortune atteint le taux de la troisième classe du cens, il doit quitter

(1) Clerc, p. 78.
(2) Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 58.
(3) V. Clerc, p. 218 et s.

le pays dans un délai de trente jours sous peine de mort et de confiscation [1].

L'infériorité qui, dans leurs rapports avec la cité, frappe les affranchis vis-à-vis des citoyens, n'est point cependant définitive et irrémédiable. L'affranchi peut, en effet, comme tout autre métèque, être gratifié de l'isotélie, c'est-à-dire de l'assimilation aux citoyens au point de vue des charges financières [2]. A cette faveur peuvent se joindre d'autres privilèges, qui, d'après certains auteurs, sont même nécessairement compris dans l'isotélie, à savoir le droit de posséder des immeubles, ou ἔγκτησις, et l'épigamie, si l'on admet qu'il ne pouvait, en principe, y avoir de mariage valable entre Athéniens et étrangers [3]. Les affranchis peuvent aussi, comme les métèques, aspirer à la proxénie à titre de récompense des services rendus à la cité [4]. Enfin, la bienveillance du peuple peut se manifester à leur égard par la faveur suprême de la concession du droit de cité qui effaçait toute différence entre eux et les citoyens athéniens. Parmi les affranchis faits citoyens, on peut citer, dans la première moitié du IVe siècle avant J.-C., les deux banquiers célèbres par les plaidoyers de Démosthène, Pasion et son successeur Phormion. L'un d'eux au moins, Pasion, avait rendu à la cité des services pécuniaires importants sous formes d'ἐπιδόσεις, et sans doute aussi sous forme de prêts avantageux [5]. Toutefois, la rareté des textes prouve que le droit de cité devait être accordé assez difficilement aux métèques et aux affranchis [6].

(b) *Condition des affranchis dans leurs rapports avec leur ancien maître.*— L'affranchi doit, comme tout métèque,

(1) Platon, *Leges*, XI, p. 915 a.
(2) Clerc, p. 201.
(3) Cf. sur la situation des métèques à cet égard, Clerc, p. 208 et s.
(4) Clerc, p. 218.
(5) Démosthène, *In Steph.*, I, §§ 34, 85.
(6) Clerc, p. 224.

avoir un patron ou προστάτης. Ce prostate, dont le rôle n'apparaît point très nettement et que nous n'avons point à préciser ici [1], est tout naturellement son ancien maître. L'affranchi, à la différence du métèque ordinaire, qui a toute liberté dans le choix de son prostate, est obligé de prendre pour patron son *manumissor*, sous peine de se voir intenter la δίκη ἀποστασίου [2], et il ne recouvre la liberté de son choix que dans le cas où son ancien maître n'a pas la capacité nécessaire pour jouer le rôle de prostate [3]. On comprend très bien l'intérêt que l'affranchi pouvait avoir à se faire présenter au dème et inscrire sur le registre civique par un autre prostate que son ancien maître : c'était afin de se faire passer pour un individu d'origine libre et de se dégager par là même de ses obligations envers son ancien maître. Il aurait pu y avoir ainsi une sorte d'usurpation d'état civil, sans inconvénient sensible, il est vrai, pour l'Etat, puisqu'elle l'exposait seulement à la perte du triobole, en admettant d'ailleurs que ce fût une taxe permanente, mais fort préjudiciable au *manumissor*, qui aurait pu être privé de ses droits de patron [4].

Abstraction faite de la qualité de προστάτης qui, comme nous l'avons vu, peut ne pas lui appartenir, mais qu'il possède ordinairement, le *manumissor*, en échange de la protection qu'il donne à son affranchi et du bienfait de la liberté dont

(1) V. sur les différentes théories concernant le rôle du prostate vis-à-vis des métèques, Clerc, p. 260 et s.

(2) Harpocration, v° ἀποστασίου : δίκη τίς ἐστι κατὰ τῶν ἀπελευθερωθέντων δεδομένη τοῖς ἀπελευθερώσασιν, ἐὰν ἀφιστῶνται τε ἀπ' αὐτῶν ἢ ἕτερον ἐπιγράφωνται προστάτην καὶ ἃ κελεύουσιν οἱ νόμοι μὴ ποιῶσιν. Cf. Suidas, v° ἀποστασίου, 1° Il faut rapprocher de l'expression d'Harpocration, ἐπιγράφωνται προστάτην, les termes qu'emploie le scholiaste d'Aristophane (*Pax*, 584) : τῶν μετοίκων τοὺς προστάτας προσγραψάντων ἑαυτοῖς. Ce devait être, de même que νέμειν προστάτην, l'expression technique et officielle.

(3) Meier, *De bonis*, p. 34 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, V° *Apeleutheroi*.

(4) Cf. Clerc, p. 288. C'est ce qui explique, d'après cet auteur, que l'action ἀποστασίου, même en ce cas, fût de nature privée et non publique.

il l'a gratifié, jouit de certains droits ou prérogatives. Ainsi d'abord, c'est chez son ancien maître, chez son patron, dirons-nous, que l'affranchi a son domicile légal. Aussi les inscriptions ne nous montrent-elles aucun exemple d'affranchi faisant suivre son nom de la formule οἰκῶν ἐν, et cela par la raison que l'affranchi ne peut pas avoir de domicile légal à son nom. C'est seulement quand l'affranchi se trouve délivré du patronage, après avoir triomphé dans la δίκη ἀποστασίου, que, comme nous le verrons, il acquiert le droit d'élire un domicile et qu'il peut indiquer ce domicile en faisant suivre son nom, dans les actes officiels, des mots οἰκῶν ἐν. En pareil cas, que l'affranchi élise domicile dans le dème de son ancien maître ou dans un autre, il le fait toujours en son propre nom [2].

L'affranchi est astreint envers son ancien maître à certaines obligations, qui sont comme des traces de la puissance dominicale éteinte [1], et dont l'ensemble constitue ce que l'on peut appeler les *jura patronatus*. Ces droits peuvent d'abord s'exercer sur les biens de l'affranchi. L'esclave, lorsqu'il acquiert la liberté, n'a encore aucune famille civile. Il peut, sans doute, s'en créer une par le mariage ou l'adoption qui lui donneront des descendants, mais à défaut de descendants, c'est le patron et ses héritiers qui lui tiennent lieu de famille civile. De là, pour ces personnes, des droits à la succession de l'affranchi que nous exposerons en traitant de la matière des successions.

Les *jura patronatus* permettent, en second lieu, au patron, de réclamer l'accomplissement de certains devoirs correspondant à l'*obsequium* et aux *operae* du droit romain, mais que les textes ne précisent malheureusement pas. Harpocration y fait simplement allusion par les mots ἃ κελεύουσιν οἱ

(1) Clerc, p. 291.

(2) C'est pour ce motif que les affranchis sont quelquefois qualifiés de δοῦλοι. Athénée, p. 267 *b* : διαφέρειν δέ φησι Χρύσιππος δοῦλον οἰκέτου... διὰ τὸ τοὺς ἀπελευθέρους μὲν δούλους ἔτι εἶναι, οἰκέτας δὲ τοὺς μὴ τῆς κτήσεως ἀφειμένους.

νόμοι [1]. Il est impossible de savoir exactement ce que les lois ordonnaient à cet égard. Platon [2], dans son *Traité des Lois*, énumère bien certaines obligations de l'affranchi vis-à-vis de son patron. Ainsi, trois fois par mois, l'affranchi doit se présenter chez son patron et lui offrir ses services en tout ce qui est juste et possible. Il ne peut se marier que du consentement de son patron. Enfin il ne peut pas devenir plus riche que son patron et, le cas échéant, ce dernier s'approprie l'excédent. Il est toutefois fort douteux que Platon ait reproduit sur ce point les dispositions du droit positif, et que tous les devoirs qu'il énumère aient constitué pour l'affranchi de véritables obligations légales. On ne voit pas très bien, du reste, comment le dernier de ces devoirs aurait pu faire l'objet d'une disposition précise de la loi [3]. Il y a lieu cependant de présumer que Platon s'est inspiré en partie des prescriptions de la loi athénienne pour régler dans son traité les devoirs des affranchis [4].

Abstraction faite, au surplus, du point de savoir quels sont précisément, d'après le droit positif, le respect et les services auxquels le patron a droit de la part de l'affranchi, on peut se demander si les enfants ou héritiers du patron ont également le droit d'en réclamer l'exécution. C'est une question que nous examinerons en traitant des droits de succession du patron vis-à-vis de l'affranchi.

La situation respective du patron et de l'affranchi, en ce qui concerne les *jura patronatus*, peut être réglée par des stipulations intervenant au moment même de l'acte d'affranchissement. Le maître, en effet, qui est entièrement libre de

(1) V. *supra*, p. 489, note 2.

(2) Platon, *Leges*, XI, p. 915 a : θεραπεία δὲ φοιτᾶν τρὶς τοῦ μηνὸς τὸν ἀπελευθερωθέντα πρὸς τὴν τοῦ ἀπελευθερώσαντος ἑστίαν, ἐπαγγελόμενον ὅ τι χρὴ δρᾶν τῶν δικαίων καὶ ἅμα δυνατῶν, καὶ περὶ γάμου ποιεῖν ὅ τι περ ἂν ξυνδοκῇ τῷ γενομένῳ δεσπότῃ κτλ.

(3) Cf. Büchsenschutz, p. 179 ; Clerc, p. 286 ; Caillemer, *loc. cit.*

(4) Hermann, *Jur. dom. et fam. ap. Platonem in leg. comp.*, p. 18. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 620, note 370 ; Hermann-Thalheim, p. 28.

donner ou de refuser la liberté à son esclave, même comme nous l'avons admis, dans le cas où l'esclave se rachète à prix d'argent, peut mettre à la concession de la liberté telles ou telles conditions qu'il lui plaît. On en trouve de nombreux exemples dans les actes d'affranchissement de Delphes sous forme de vente à une divinité. Dans cette forme spéciale d'affranchissement, les restrictions stipulées dans l'intérêt du maître se justifient parfaitement, au point de vue juridique, par ce motif que tout possesseur a le droit de vendre ses biens en tout ou en partie, ou de ne les aliéner que moyennant telles réserves particulières, comme celles de l'usufruit. Or il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement dans la vente, réelle ou simulée, d'un esclave, car les anciens le considèrent et le traitent comme une propriété ordinaire. Mais ce n'est point seulement dans les affranchissements sous forme religieuse que le maître peut imposer certaines conditions à l'affranchi ; ce droit lui appartient, d'une manière générale, dans tout affranchissement, car ce n'est qu'un corollaire de son droit de propriété. Il est intéressant de rechercher à ce sujet les principales conditions qui sont insérées dans les actes d'affranchissement de Delphes, car il est évident, à notre avis, que de pareilles stipulations ont pu intervenir à Athènes, comme, du reste, dans les autres cités grecques [2].

Les restrictions apportées à la liberté de l'affranchi varient suivant le caprice du maître ou ses dispositions à l'égard de l'esclave. Quelquefois elles sont faites d'une manière assez équitable, mais souvent aussi elles témoignent des exigences et des vues intéressées d'un maître qui ne cherche qu'à tirer de l'esclave le plus d'argent et le plus de services possibles. Les conditions stipulées dans l'affranchissement peuvent, en conséquence, avoir trait soit aux

(1) Cf. Foucart, *Mém. sur l'affranch.*, p. 23.

(2) Cf. en ce sens : Clerc, p. 286 ; Mitteis, p. 385 ; Büchsenschütz, p. 177.

biens, soit à la personne de l'esclave affranchi, parfois aux deux en même temps. Nous aurons l'occasion, en étudiant les droits de succession du patron, de revenir sur les conditions relatives aux biens, et nous nous occuperons principalement ici des conditions relatives à la personne.

L'esclave affranchi peut être tenu d'accomplir encore au service de son maître ses œuvres accoutumées, le *manumissor* s'en réservant en quelque sorte l'usufruit. C'est ce qui fait que souvent l'esclave reçoit le nom de Parménon (παραμένων). Ainsi un acte stipule que « Kintos (l'affranchi) restera auprès d'Euphronios tant qu'il vivra, sans mériter de reproches et exécutant tous ses ordres ; qu'il nourrira Euphronios, pourvoira à ses besoins, payera pour Euphronios les contributions fixées pour les tribus, et, après sa mort, l'ensevelira et fera les autres cérémonies d'usage [1] ». Cette préoccupation du *manumissor* de sa sépulture et des honneurs à rendre à son tombeau se révèle dans plusieurs autres actes, où l'obligation de l'affranchi à cet égard apparaît comme une des clauses essentielles du contrat [2]. La mort du *manumissor* n'est même pas toujours le terme de la servitude, et il peut stipuler qu'après sa mort l'esclave restera au service d'une ou de plusieurs personnes désignées, et qui sont ordinairement les parents du patron [3]. Le maître peut aussi imposer à l'affranchi l'obligation de payer ses dettes, et spécialement celles que l'on nommait ἔρανοι, et même, pour être plus sûr du paiement, imposer à l'esclave l'obligation de rester à son service jusqu'à l'extinction de l'éranos [4].

(1) Wescher et Foucart, n° 66. Cf. Foucart, *Mém. sur l'affranch.*, p. 28. Dans un acte d'affranchissement de Thessalie (*Bulletin*, XI, p. 364), il est également stipulé que des affranchis doivent rester au service de leur maître jusqu'à sa mort.

(2) Wescher et Foucart, nos 24, 58, 66, 110, 131, 136, 142, 435, 436. Cf. Foucart, p. 29.

(3) Wescher et Foucart, nos 77, 82, 301, 306. Cf. Foucart, p. 32.

(4) Wescher et Foucart, nos 89, 107, 126, 139, 213, 214. Cf. Foucart, p. 28.

Le *manumissor* peut, sans rien stipuler à son profit, d moins directement, imposer à l'affranchi certaines prestations au profit d'un tiers. Un acte, par exemple, impose à une fille affranchie l'obligation de nourrir ses parents demeurés en esclavage : en réalité, le maître stipule ici pour lui plutôt que dans l'intérêt des parents, afin d'éviter une charge dans l'avenir [1]. Le maître peut également transférer ses droits à un étranger et stipuler, par exemple, ou que l'affranchi restera au service d'un étranger tant que celui-ci vivra [2], ou même qu'il le nourrira [3]. Quelquefois ce n'est qu'une obligation alternative qui est imposée à l'affranchi, ou de fournir ses services pendant le temps convenu, ou de payer une certaine somme s'il ne les fournit pas [4]. Ou bien encore l'esclave est autorisé, s'il le préfère, à se substituer un remplaçant, mais de même qualité [5]. Le maître peut d'ailleurs, par un acte postérieur à l'affranchissement, renoncer au droit d'exiger de l'affranchi les services convenus [6].

Outre les stipulations que nous venons d'indiquer et qui se présentent le plus fréquemment dans les actes d'affranchissement de Delphes, on en rencontre d'autres qui sont également inspirées par les besoins du maître, ou même simplement par son caprice. On voit ainsi un affranchi tenu d'accompagner son maître dans un voyage désigné [7], ou d'élever ses deux enfants [8], ou de faire gratuitement pour la famille de son ancien maître tous les ouvrages du métier de foulon [9]. Pour un affranchi, défense lui est faite de rentrer

(1) Wescher et Foucart, n° 43. Cf. Foucart, p. 26.
(2) Wescher et Foucart, n°s 77, 82, 306.
(3) Wescher et Foucart, n° 219.
(4) Wescher et Foucart, n°s 31, 78, 99, 146, 178, 251. Cf. Foucart, p. 33.
(5) Wescher et Foucart, n° 52.
(6) Wescher et Foucart, n° 86. Cf. Foucart, p. 34.
(7) Wescher et Foucart, n° 406.
(8) Wescher et Foucart, n° 54.
(9) Wescher et Foucart, n° 239.

dans le pays où il a servi [1], pour un autre, au contraire, défense lui est faite de le quitter ou d'acquérir le droit de cité sans l'aveu du *manumissor* [2].

Si l'on veut ramener à quelques principes généraux les différentes clauses contenues dans les actes d'affranchissement de Delphes ou d'autres cités, on doit reconnaître que l'affranchissement se réalise soit sous condition suspensive, soit sous condition résolutoire. Dans les nombreux actes où il est dit que l'esclave sera libre, mais restera un certain temps au service de son maître en exécutant fidèlement ses ordres [3], il y a là affranchissement sous condition suspensive ou à terme. Cette manière de voir se trouve confirmée par la disposition de l'acte portant qu'après l'expiration du temps convenu, « l'esclave sera libre [4]. » Aussi le maître se réserve-t-il le droit, tant que l'esclave demeurera encore à son service, d'employer des moyens de correction pour le forcer à remplir ses obligations; il s'interdit seulement de le revendre, car ce serait contraire à la liberté qui a été promise dans l'acte de vente au dieu [5]. On peut voir également un affranchissement sous condition suspensive dans un acte d'affranchissement d'Halos, en Thessalie, où l'esclave est ἀπελευθερωθεὶς κατὰ διανόησιν [6], ce qui se réfère vraisemblablement

(1) Wescher et Foucart, n° 109.

(2) Wescher et Foucart, n° 165.

(3) Παραμεινάτω δὲ ὁ δοῦλος παρὰ τὸν δεσπότην... ποιῶν πᾶν τὸ ποτιτασσόμενον ἀνεγκλήτως. Cf. Wescher et Foucart, n°s 24, 29, 31, 37, 38, 42, 49, 50, 51, 56, 58, 61, 64, 66, 77, 78, etc.

(4) Wescher et Foucart, n° 29 : ἐπεὶ δὲ κα μεταλλάξηι τὸν βίον, ἐλευθέρα ἔστω Θραῖσσα. Cf. n°s 38, 52, 58, 66, 67, 92, 154, etc.

(5) Wescher et Foucart, n° 134 : εἰ δὲ μὴ παραμείναι Μιθραδάτης ἢ μὴ ποιέοι πᾶν τὸ ποτιτασσόμενον δυνατὸς ἐών, κυρία ἔστω Λάρισα κολάζουσα ᾧ κα θέλῃ τρόπῳ... πλὰμ μὴ πωλησάτω. Cf. n° 354 ; Curtius, *Anecd. delph.* 16. Il est dit, dans un acte (Wescher et Foucart, n° 49), que le maître aura le droit de corriger l'esclave ὡς ἐλεύθερον. Cela veut dire que, depuis la vente au dieu, le maître n'a plus tout pouvoir sur l'esclave, puisque la liberté a été assurée à celui-ci. Cf. Foucart, p. 37.

(6) *Bulletin*, XI, 364 et s. face B, l. 37, 43. Foucart (*ibid.* p. 370) voit dans cette mention un affranchissement qui n'avait pas été réalisé par le

à un affranchissement à l'essai, de sorte qu'en réalité, la liberté n'est nullement assurée à l'esclave [1]. On pourrait, il est vrai, opposer à cette théorie de l'affranchissement sous condition suspensive, les clauses de certains actes qui, imposant à l'affranchi l'obligation de rester près de son maître un certain temps, portent que, « s'il ne reste point pendant le temps convenu, l'affranchissement ne sera pas valable [2]. » Cette clause, au premier abord, paraît se référer à une condition résolutoire qui vient anéantir une liberté déjà concédée. Cependant, il faut plutôt y voir une condition suspensive négative, par laquelle on marque seulement que l'affranchissement ne se réalisera pas si l'esclave ne satisfait pas à ses engagements [3].

Les testaments des philosophes grecs, rapportés par Diogène Laërce, renferment également des exemples d'affranchissement *ex die* ou sous condition suspensive. Ainsi Aristote donne la liberté à quatre esclaves pour le jour du mariage de sa fille. Théophraste en affranchit deux après qu'ils seront restés quatre ans dans le verger et qu'ils auront bien travaillé sans mériter aucun reproche. De même les esclaves affranchis par le testament de Lycon doivent encore servir pendant deux ou quatre ans [4].

L'affranchissement peut, d'autre part, avoir lieu sous condition résolutoire. C'est ce qui se voit dans la plupart des actes où le maître n'impose point à l'affranchi l'obligation de

maître dans les formes régulières, mais qu'il avait l'intention d'accomplir; cette intention pouvait être constatée par un acte, par exemple, par un testament. Ce serait alors un équivalent de κατὰ διαθήκην.

(1) Cf. en ce sens, Mitteis, p. 388. Suivant cet auteur, la clause du testament de Lycon portant : Δημητρίῳ μὲν ἐλευθέρῳ πάλαι ὄντι ἀφίημι τὰ λύτρα (Diogène Laërce, V, 61-64), se réfère également à un affranchissement sous condition suspensive. Cf. Curtius, *Anecd. delph.*, p. 11.

(2) Wescher et Foucart, n° 56 : εἰ δὲ μὴ παραμείναι καθὼς γέγραπται, ἄκυρος καὶ ἀτελὴς ἁ ὠνὰ ἔστω. Cf. nos 24, 37, 82, 116, 167, etc.

(4) Cf. Mitteis, p. 388.

(5) V. Dareste, *in Annuaire*, 1882, p. 1 et s.

παραμένειν auprès de lui. On rencontre alors une formule qui témoigne bien que l'esclave acquiert sa liberté dès le jour même de l'acte. On lui reconnaît formellement le droit de faire ce qu'il veut et d'aller où bon lui semble [1]. Mais on stipule que si l'affranchi ne remplit point l'obligation qui lui a été imposée, l'affranchissement sera annulé [2]. Ainsi, par exemple, un acte portant affranchissement d'une esclave avec la mention αὐτὰν ἐλευθέραν εἶμεν καὶ ἀνέφαπτον τὸν πάντα βίον ποιοῦσαν ὅ κα θέλῃ, stipule que, si elle aliène de son vivant quelque partie de ses biens, l'aliénation sera nulle et qu'en outre l'affranchissement sera révoqué [3]. De même, la défense imposée à l'affranchi de quitter la ville ou d'acquérir le droit de cité sans l'aveu de son patron est accompagnée de la clause qu'en cas de contravention l'affranchissement sera révoqué [4]. Une stipulation semblable se rencontre dans un cas où l'affranchi était chargé du payement des dettes du maître [5]. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur les affranchissements sous condition résolutoire en étudiant la δίκη ἀποστασίου.

On rencontre enfin un cas où il est assez difficile de définir la nature de la condition apposée à l'affranchissement. Il s'agit d'une esclave affranchie sous la condition de demeurer auprès de sa maîtresse tant que celle-ci vivra. Les biens acquis par l'affranchie dans l'intervalle lui seront propres, et les enfants qu'elle aura pendant ce même temps naîtront libres [6]. Si la première stipulation implique plutôt un affranchissement sous condition suspensive, les autres supposent

(1) Wescher et Foucart, n° 20 : ἐλευθέρα εἶμεν... ποιέουσα ὅ κα θέλῃ καὶ ἀποτρέχουσα οἷς κα θέλῃ. Cf. n°s 53, 94, 213, etc.

(2) Ἄκυρος ἔστω ἁ ὠνὰ (la vente fictive au dieu) καὶ ἀτελής. Cf. la note précédente.

(3) Wescher et Foucart, n° 213.

(4) Wescher et Foucart, n° 53.

(5) Wescher et Foucart, n° 213.

(6) Wescher et Foucart, n° 133.

au contraire, un affranchissement sous condition résolutoire [1].

A Rome, l'usage avait prévalu d'abandonner à l'esclave affranchi entre-vifs la propriété de tout ou partie de son pécule ; il suffisait, pour cela, que le maître n'eût pas manifesté d'intention contraire. Lorsqu'au contraire l'esclave était affranchi *testamento*, il n'avait droit à son pécule que si le maître en avait disposé expressément à son profit [2]. Il est assez délicat de savoir quelle a été la solution du droit grec sur ce point. Nous ne possédons pour nous renseigner que les actes d'affranchissement de Delphes où il est assez rarement question du pécule de l'affranchi. Là où les actes en font mention, c'est pour dire non point que l'affranchi ne conservera pas son pécule mais qu'au contraire, il y aura droit [3]. On peut donc en conclure que la règle est ici l'inverse de celle qu'admettait le droit romain, c'est-à-dire que c'est l'*ademptio* et non point la *concessio peculii*, car s'il n'en était pas ainsi, l'utilité d'une stipulation expresse pour reconnaître à l'affranchi le droit de conserver son pécule ne se comprendrait pas [4]. Cette interprétation est conforme, du reste, au caractère égoïste des clauses que l'on rencontre dans nombre d'actes d'affranchissement [5].

(1) Cf. Mitteis, p. 389.

(2) Inst. § 20, *De leg.*, II, 20 ; *Frag. Vat.*, § 261.

(3) Wescher et Foucart, n° 133, l. 13 : ὅσα δὲ κα κτήσηται Δαμαρχὶς μένουσα παρὰ Θευδώραν, Δαμαρχίδος ἔστω. N° 209, l. 26 : εἰ δὲ τί κα κατασκευώσωνται Κλύτα καὶ Στρατονίκα παρὰ Στρατόνικον αὑσωταῖς, ἀποτρεχόντων ἔχουσαι ἅ κα κατασκευώσωνται ἐπεί κα τελευτάσῃ Στρατόνικος. N° 263, l. 8 : καὶ ἀποτρεχέτω ἔχουσα Ἄμιλλα ἅ κα κατασκεώσηται παρὰ Χαρίξενον. N° 273, l. 20 : κυριευέτω καὶ τῶν ἔχει καὶ κατασκέωσται φοροφορέων Σωτήριχος πάντων.

(4) On peut encore invoquer en ce sens le testament de Théophraste, rapporté par Diogène Laërce, et où se trouve la clause suivante : « A l'égard de Pampylos et de Threpta, qui depuis longtemps sont libres, et m'ont rendu beaucoup de services, je veux qu'ils gardent et possèdent paisiblement tout ce qu'ils peuvent avoir reçu de moi, tout ce qu'ils peuvent avoir acquis par eux-mêmes et les deux mille drachmes que je leur assigne sur les fonds dus par Hipparque » (trad. Dareste, *loc. cit.*, p. 9).

(5) Cf. en ce sens, Mitteis, p. 383. — De même, dans le code de droit de syro-

L'effet de l'affranchissement est exclusivement personnel à l'esclave qui en est l'objet et, par suite, les enfants qu'une femme a pu avoir avant l'affranchissement restent en esclavage, s'ils n'ont point été spécialement affranchis avec leur mère. Si donc l'affranchissement avait lieu à titre onéreux, la mère devait payer pour assurer la liberté de ses enfants, et la rançon augmentait en conséquence. Aussi trouve-t-on fréquemment, dans les actes d'affranchissement de Delphes, une femme vendue au dieu dans le même acte avec ses enfants [1]. Les enfants qui naissent après l'affranchissement ne sont même pas nécessairement libres. Lorsque la femme affranchie doit demeurer un certain temps au service du *manumissor*, le sort des enfants à naître pendant ce temps est réglé par une clause spéciale. Le plus souvent, sans doute, l'acte porte qu'ils seront libres [2]. Mais l'énonciation même de cette stipulation démontre que l'affranchissement de la mère n'entraîne pas forcément celui des enfants à naître. Aussi voit-on dans un acte le maître se réserver la propriété de ces enfants [3].

Si, juridiquement, la situation des esclaves affranchis vis-

romain, l. 21, al. 2, l'esclave n'a droit à son pécule qu'en vertu d'une concession expresse du *manumissor ;* à défaut de cette concession, les héritiers du maître peuvent, si celui-ci ne l'a pas fait lui-même, réclamer le pécule.

(1) Wescher et Foucart, nos 57 et 289. Cf. Foucart, *Mém. sur l'affranch.*, p. 25.

(2) *Corp. inscr. græc.*, n° 3376 : εἰ δέ κα γεννάσει Σουρίνα ἔτι ζώσας Παρθένας, ἔστω τὸ γενόμενον ἐλεύθερον. Cf. Wescher et Foucart, n° 133 ; *Bulletin*, XVII, n° 58.

(3) *Corp. inscr. græc.*, n° 1608 : τὰ δὲ γεννηθέντα ἐξ αὐτῶν ἐν τῷ τῆς παραμονῆς χρόνῳ ἔστωσαν δοῦλα Δεξίππης. Cf. Foucart, *loc. cit.*, p. 25 ; Hermann-Thalheim, p. 28-29. — Une inscription de Delphes, découverte assez récemment, et que nous avons déja signalée a propos du *jus vitæ necisque* appartenant au père de famille (*supra*, p. 83, note 2), renferme une clause assez curieuse relativement aux enfants à naitre de l'affranchie : εἰ δέ τι γένοιτο ἐκ Διοκλέας τέκνον ἐν τῶι τᾶς παραμονᾶς χρόνωι, εἴ κα μὲν θέλῃ ἀποπνεῖξαι Διόκλεα ἐξουσίαν ἐχέτω, εἰ δὲ θέλοι τρέφειν ἔστω τὸ τρεφόμενον ἐλεύθερον· εἴ κα μὴ αὐτὸ θέλῃ, πωλῆσαι δὲ τὸ γεννηθὲν μὴ ἐχέτω ἐξουσίαν Διόκλεα μηδὲ ἄλλος μηθείς. *Bulletin*, 1893, p. 383, n° 80.

à-vis de leur patron est assez peu favorable, en fait, cependant, dans un grand nombre de cas, elle se trouve singulièrement adoucie en raison des circonstances. Il est certain que l'esclave qui avait partagé la confiance de son maître, qui l'avait aidé dans les opérations de son commerce ou dans l'administration de ses biens, ou même qui l'y avait entièrement remplacé, ne pouvait pas, après l'affranchissement, se trouver dans une condition inférieure à celle qu'il possédait auparavant. Le maître lui faisait alors une position d'où l'un et l'autre pouvaient retirer certains avantages. Quelquefois le maître laissait, en mourant, un legs plus ou moins considérable à son affranchi. Il lui conférait aussi la tutelle de ses enfants et allait même jusqu'à lui léguer sa femme. C'est ainsi que le riche banquier Pasion, ancien esclave lui-même, donne à son affranchi Phormion, avec la liberté, l'exploitation de sa banque et une manufacture d'armes moyennant une certaine redevance. En mourant, il lui laisse sa femme, avec une dot, et la tutelle de son plus jeune fils Pasiclès. Ce n'était point là, du reste, un cas isolé, et Démosthène, dans sa défense de Phormion, cite plusieurs exemples du même genre, observant que ce n'était point à Athènes seulement que les maîtres se conduisaient ainsi envers leurs affranchis et qu'il aurait pu citer vingt autres traits analogues [1]. Les testaments des philosophes, rapportés par Diogène Laërce, renferment également plusieurs exemples de la bienveillance des maîtres envers leurs affranchis. Ainsi Aristote donne une dot à une esclave affranchie pour le jour où elle se mariera. Théophraste fait également des legs assez importants à deux de ses anciens affranchis. Lycon agit de même ou remet à plusieurs affranchis la somme qu'ils devaient payer pour leur rachat [2]. Plusieurs inscriptions de Delphes mentionnent pareillement

(1) Démosthène, *Pro Phormione*, § 28.

(2) V. Dareste, *Annuaire*, 1882, p. 1 et s. Cf. Wallon, t. I, p. 349 et s.

la remise par le maître à l'affranchi des obligations contractées par celui-ci lors de son affranchissement [1]. Ce contrat de remise apparaît même dans un acte [2] sous la forme d'une vente à la divinité, comme l'affranchissement originaire [3].

3º Révocation de l'affranchissement (δίκη ἀποστασίου).

Le droit romain avait admis le principe de l'irrévocabilité de la liberté. En conséquence, il était impossible d'insérer un terme ou une condition dans un acte d'affranchissement entre-vifs. D'autre part, en cas d'affranchissement testamentaire, ce même principe s'opposait à ce que la liberté fût conférée *ad diem* ou *ad conditionem*, c'est-à-dire de manière à être acquise dès l'adition d'hérédité, mais à cesser à une certaine époque ou par l'arrivée d'un certain évènement [3]. L'affranchissement ne pouvait être révoqué que pour cause d'ingratitude de l'affranchi, auquel cas celui-ci retombait sous la puissance de son ancien maître ; mais il fallait alors que l'ingratitude fût caractérisée par des actes ou des négligences graves, tels que des violences matérielles ou un refus d'aliments [4]. Le droit grec est loin d'avoir été aussi favorable à la liberté, et plusieurs de ses solutions sont en opposition directe avec celles du droit romain.

L'affranchi peut, comme nous l'avons vu, être tenu envers son patron d'un certain nombre d'obligations plus ou moins rigoureuses, soit qu'elles dérivent directement de la seule autorité de la loi, soit qu'elles aient été spécialement stipulées dans l'acte d'affranchisssement. L'exécution de ces

(1) Cf. Wescher et Foucart, nos 85, 86, 254 ; *Bulletin*, XVIII, nos 85, 87, 89.
(2) Haussoulier, nº 42, *in Bulletin*, V, p. 428.
(3) Cf. Hermann-Thalheim, p. 27, note 3.
(4) Cf. Accarias, I, nos 38 et 56 *bis*.

obligations semble avoir donné naissance à d'assez nombreuses contestations entre patrons et affranchis, par suite des exigences des premiers ou de l'ingratitude des seconds [1]. Si l'esclave n'a été gratifié de la liberté que sous condition suspensive, comme dans les cas que nous avons précédemmment cités, où l'esclave doit demeurer encore un certain temps au service de son maître, celui-ci a, pour forcer l'esclave à l'obéissance et à l'exécution des prestations promises, les moyens de correction ordinaires, notamment par des coups [2]. Toutefois, dans le cas où l'affranchissement s'est réalisé par forme de vente à la divinité, ce droit de correction n'est point complètement laissé à la discrétion du maître, et, comme le dit une inscription, s'il a le droit de punir l'affranchi et de le frapper de coups, c'est à la condition de ne lui causer aucun dommage [3]. Ce n'est point, du reste, une raison d'humanité qui fait stipuler cette restriction ; mais blesser l'esclave en le frappant, c'était en diminuer la valeur au préjudice de l'acheteur fictif, du dieu, qui en possédait en quelque sorte la nue propriété [4].

Si nous supposons maintenant que l'affranchissement a eu lieu sous condition résolutoire, l'affranchi jouissant immédiatement de toute sa liberté, il s'agit de savoir quelle est la sanction des prescriptions législatives ou des stipula-

(1) Démosthène, *C. Timocr.*, § 124 : πονηρῶν καὶ ἀχαρίστων οἰκετῶν τρόπους ἔχοντες. καὶ γὰρ ἐκείνων ὅσοι ἂν ἐλεύθεροι γένωνται οὐ τῆς ἐλευθερίας χάριν ἔχουσι τοῖς δεσπόταις, ἀλλὰ μισοῦσι μάλιστα πάντων ἀνθρώπων, ὅτι συνίσασιν αὐτοῖς δουλεύσασιν.

(2) V. *supra*, p. 495, note 5.

(3) Curtius, *Anecd. delph.*, n° 3.

(4) Foucart, *Mém. sur l'affranch.*, p. 36. Une inscription de Delphes récemment découverte renferme à ce sujet les dispositions suivantes. *Bulletin*, XVII, p. 386 et s., n° 103 : εἰ δὲ μὴ παραμείναιεν ἢ μὴ πειθαρχέοισαν, ἐξουσ αν ἐχέτωσαν Φιλίων καὶ Εὐάμερις ἐπιτειμέοντες τὸν μὴ πειθαρχέοντα καὶ μαστιγοῦντες καὶ διδέντες καὶ ἐγμισθοῦντες τὴν ἐργασίαν του μὴ παραμένοντο; χωρὶς πράσιος. Cf. n° 67.

tions intervenues relativement à ses devoirs envers son patron. Pour obtenir l'accomplissement des prestations auxquelles il a droit, celui-ci peut se servir de la δίκη ἀποστασίου dont nous allons parler. Mais ne peut-il pas, au lieu de recourir à la voie judiciaire, se faire directement justice, en s'emparant de l'affranchi négligent ou ingrat et en le détenant prisonnier jusqu'à ce qu'il ait racheté sa liberté ? On pourrait le croire d'après un passage de Suidas où le lexicographe définit ainsi le mot ἀνάκαιον (ἀναγκαῖον) : τὸ δεσμωτήριον εἰς ὃ κατέθεντο τοὺς πονηροὺς δούλους καὶ τῶν ἀπελευθέρων τοὺς ἀφισταμένους [1]. Le patron paraît ainsi avoir eu à l'égard de l'affranchi ingrat le même pouvoir qu'à l'encontre de l'esclave rebelle [2]. Nous hésitons cependant à admettre l'existence de ce pouvoir exorbitant dans une république où la liberté individuelle figurait au premier rang des droits civiques et où la détention arbitraire était rigoureusement punie [3]. La phrase que Suidas, pour justifier sa définition, emprunte à un discours perdu d'Isée, est loin de fournir un argument décisif. Il dit, en effet, en parlant d'Hermon, patron de l'affranchi Hermocrate : « Il jeta Hermocrate en prison, disant que c'était son affranchi, et il ne le mit en liberté qu'après l'avoir forcé à payer trente drachmes » [4]. Il est difficile, d'après ces quelques mots, séparés des phrases dont ils étaient accompagnés et suivis dans le discours d'Isée, de savoir quelle était cette prison dans laquelle le patron a fait jeter son affranchi et en vertu de quel droit il agissait. Peut-être n'y avait-il de la part d'Hermon qu'un abus de pouvoir afin d'extorquer indûment une somme d'argent à son affranchi. On peut également sup-

(1) Cf. Harpocration, v° ἀναγκαῖον.

(2) Cf. Meier, *De bonis*, p. 36.

(3) V. sur les peines de la détention arbitraire, Thonissen, p. 294 et s.

(4) Suidas, *loc. cit.* : Ἰσαῖος ἐν τῷ πρὸς Ἕρμωνα περὶ ἐγγύης· Ἑρμοκράτην δὲ εἰς τὸ ἀναγκαῖον ἐνέβαλε φάσκων ἀπελεύθερον εἶναι, καὶ οὐ πρότερον ἀφῆκε πρὶν λ' δραχμὰς ἐπράξατο.

poser, et cette interprétation est même plus vraisemblable si l'on se réfère au titre du discours d'Isée, περὶ ἐγγύης, qu'Hermocrate, poursuivi par son patron au moyen de la δίκη ἀποστασίου, n'a pas pu fournir le cautionnement *judicio sistendi causa* qui était, de droit commun, obligatoire pour tout étranger actionné en justice, de telle sorte que si l'étranger ne le fournissait pas, les magistrats, pour s'assurer qu'il resterait à Athènes jusqu'au jour de l'audience, le contraignaient d'aller en prison [1]. Hermocrate ayant alors payé une certaine somme à son patron, celui-ci se désista de son action et l'affranchi fut mis en liberté. La définition isolée de Suidas est donc tout à fait insuffisante pour établir la légitimité du procédé dont nous nous occupons [2].

Mais il y avait, dans tous les cas, un autre moyen à la disposition du patron et offrant de plus sérieuses garanties, c'était la δίκη ἀποστασίου. Cette action devait être assez fréquemment exercée, si l'on en juge du moins par les nombreux plaidoyers dont elle était l'objet, plaidoyers qui malheureusement ne nous sont point parvenus et dont les titres seuls nous ont été conservés [3]. Nous en sommes réduit aux renseignements donnés par les lexicographes et qui sont loin de fournir une théorie certaine et complète de la δίκη ἀποστασίου.

(1) Lysias, *C. Agorat.*, § 23; Isocrate, *Trapez.*, § 12; Démosthène, *C. Aristog.*, I, § 60. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eggyè*, p. 493.

(2) Cf. en ce sens : Schœmann, sur Isée, p. 493 ; Thonissen, p. 408 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apeleutheroi*.

(3) Ce sont les plaidoyers de Lysias pour Dexios et contre Pythodémos, de Lysias ou d'Isée contre Andocide, d'Isée contre Apollodore et pour ou contre Python, de Dinarque contre Archestratos et pour Aischylos contre Xénophon, d'Hypéride contre Démétria et de Dinarque contre Hédyle. Cf. Meier, *De bonis*, p. 36 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 620. — Meier (*loc. cit.*) voit également des plaidoyers concernant notre action dans les discours de Lysias contre Aristodémos et d'Isée contre Elpagoras et Démophanès. Mais cette opinion est fort contestable. Cf. Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 388, note 543 et p. 620, note 368.

Suivant Harpocration [1], cette action « est donnée contre les affranchis à ceux qui les ont affranchis, s'ils les abandonnent ou prennent un autre patron et ne font pas ce que les lois leur imposent ». Pollux [2] présente également la δίκη ἀποστασίου comme une action donnée contre les affranchis qui abandonnent leur patron. Si toutefois on en croit certains lexicographes, la δίκη ἀποστασίου aurait pu avoir un autre emploi et être formée contre un esclave qui prétendait être un homme libre et voulait ainsi se soustraire à la puissance de son maître [3]. Il y aurait eu ainsi une voie parallèle à l'ἀγωγὴ εἰς δουλείαν et dont le maître se serait servi s'il n'avait pas voulu recourir à la mainmise que comporte l'ἀγωγή [4]. Nous estimons néanmoins qu'il vaut mieux s'en tenir aux définitions d'Harpocration et de Pollux et considérer la δίκη ἀποστασίου comme une action ouverte exclusivement contre l'affranchi qui ne remplit pas ses devoirs. Les droits du maître sur son esclave sont, en effet, suffisamment garantis par la procédure de l'ἀγωγὴ εἰς δουλείαν, et l'on ne comprend nullement, comme nous le verrons [5], l'utilité d'une autre action. Il semble d'ailleurs que si, à côté de l'ἀγωγή, on devait admettre l'existence d'une autre action contre l'esclave, ce serait plutôt la γραφὴ ξενίας, puisqu'en se donnant comme un homme libre, l'esclave commet une usurpation du droit de cité, alors du moins qu'il se prétend citoyen [6].

(1) Harpocration, v° ἀποστασίου δίκη. V. *supra*, p 489, note 2. — La définition d'Harpocration est reproduite dans l'Etymol. mag., 124, 53, et dans les lexiques de Séguier (Bekker), p. 201, 5, et 434, 24.

(2) Pollux, VIII, 35 : ἀποστασίου δὲ δίκη κατὰ τῶν ἀφισταμένων ἀπελευθέρων. Cf. Lexic. Cant., 665, 16; Hésychius, v° ἀποστασίου.

(3) Suidas, v° ἀποστασίου δίκη, 2° : ὅταν δοῦλος ὑπὲρ ἐλευθερίας ἐνίστηται φάσκων μὴ προσήκειν τοῖς δοῦλον αὐτὸν ἀντιποιουμένοις· οὗτος ἀποστασίου δίκην λαχεῖν λέγεται. Cf. Lexic. Seguer., (Bekker), 184, 24.

(4) Platner, *Process*, II, p. 239 ; Gilbert, I, p. 194, note 4.

(5) V. *infra*, p. 524.

(6) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 620, note 369; Meier, *De bonis*, p. 34, note 94.

En nous référant donc aux définitions d'Harpocration et de Pollux, nous dirons que l'action en apostasie est recevable d'abord contre l'affranchi coupable d'abandon, ἀφισταμένος, ce qui, à notre avis, doit s'entendre, dans un sens large, non seulement de l'affranchi qui ne remplit pas les *obsequia* prescrits par les lois, mais encore de celui qui n'exécute point les obligations mises à sa charge dans l'acte d'affranchissement. La δίκη ἀποστασίου est possible, d'autre part, contre l'affranchi qui se choisit un autre prostate que son patron. Nous avons précédemment indiqué l'intérêt que l'affranchi pouvait avoir à agir ainsi [1]. Nous observerons ici qu'outre l'action en apostasie, l'affranchi, qui fait partie de la classe des métèques, est passible de la γραφὴ ἀπροστασίου s'il néglige absolument de se choisir un prostate parmi les citoyens.

A la différence de la γραφὴ ἀπροστασίου, qui est une action publique, la δίκη ἀποστασίου est une action privée, dont l'exercice appartient au patron seul. C'est, du reste, ce qui résulte du texte d'Harpocration où cet auteur dit que la δίκη est δεδομένη τοῖς ἀπελευθερώσασιν [2]. Mais elle compète au patron dans tous les cas, même s'il fait partie de la classe des métèques et, par suite, comme nous l'avons dit précédemment [3], ne peut pas remplir lui-même le rôle de prostate à l'égard de son affranchi [4]. Le texte d'Harpocration est, en effet, très général et accorde notre action à tout *manumissor* sans exception. Bien entendu, si celui-ci est un métèque, la δίκη ἀποστασίου ne peut avoir qu'un objet plus restreint et elle sert seulement à réprimer « l'abandon » du maître par son affranchi.

L'action en apostasie est, comme toutes celles qui con-

(1) V. *supra*, p. 489.

(2) Gide, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apostasiou dikè*; Clerc, p. 287; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 620.

(3) V. *supra*, p. 489.

(4) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 621, texte et note 373.

cernent les métèques, de la compétence du polémarque [1]. Si l'on se réfère au témoignage, assez incertain d'ailleurs, des lexicographes [2], la δίκη ἀποστασίου présenterait ce caractère particulier que le jugement en serait remis à un tribunal spécial composé de juges appartenant à la tribu du demandeur. C'est également ce que l'on pourrait induire d'un passage du *Traité des Lois* de Platon [3], où cet auteur attribue également aux membres de la tribu le jugement des actions intentées par le patron contre son affranchi [4]. Il est difficile toutefois de prendre parti sur ce point [5]. On a voulu, en se fondant sur un texte d'Harpocration [6], trouver une autre différence entre le jugement de la δίκη ἀποστασίου et celui des autres actions privées, et l'on a prétendu que les étrangers, bien que capables de figurer dans la διαμαρτυρία lorsqu'il s'agit de l'action ἀπροστασίου, ne le sont plus pour la δίκη ἀποστασίου [7]. Mais cette différence ne nous paraît pas non plus très certaine [8].

La δίκη ἀποστασίου ne rentre point parmi les τιμηταὶ δίκαι. Il n'y a lieu, en effet, au cas où l'affranchi succombe, à aucune estimation, car l'objet de la condamnation est déterminé à l'avance par la loi [9]. Le résultat de l'action

(1) Aristote, *Const. des Athén.*, § 58 ; Démosthène, *C. Lacrit.*, § 48 ; Harpocration et Suidas, v° πολέμαρχος ; Harpocration, v° ἡγεμονία δικαστηρίου ; Pollux, VIII, 91.

(2) Harpocration et Suidas, v° ὅτι πρὸς τὴν φυλὴν τοῦ κεκτημένου αἱ πρὸς τοὺς δούλους λαγχάνονται δίκαι, Ἰσαῖος ἐν ἀπολογίᾳ ἀποστασίου πρὸς Ἀπολλόδωρον δηλοῖ.

(3) Platon, *Leges*, XI, 915, c : δίκαι δ' ἔστωσαν τούτων ἐν ταῖς φυλετικαῖσι δίκαις.

(4) Cf. en ce sens : Wallon, t. I, p. 348.

(5) Cf. Caillemer, *loc. cit.* — Dans les actes d'affranchissement de Delphes sous forme de vente à la divinité, c'est, comme nous l'avons vu, à des arbitres choisis par les parties qu'est confié le soin de décider si l'esclave a ou non manqué à ses devoirs, et si, par suite la vente doit ou non être maintenue. V. *supra*, p. 479.

(6) Harpocration, v° διαμαρτυρία (Bekker), l. 21 : μήποτ' οὖν ἐν μὲν ταῖς τοῦ ἀποστασίου δίκαις κεκώλυνται διαμαρτυρεῖν οἱ ξένοι, ἐν δὲ ταῖς τοῦ ἀπροστασίου οὐ κεκώλυνται.

(7) Caillemer, *loc. cit.*

(8) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 845-846. Cf. Wallon, t. I, p. 348.

(9) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 221.

nous est ainsi indiqué par Harpocration : τοὺς μὲν ἁλόντας δεῖ δούλους εἶναι, τοὺς δὲ νικήσαντας τελέως ἤδη ἐλευθέρους [1]. Si donc l'action en apostasie est reconnue fondée, l'affranchi retombe en esclavage [2]. C'est là une sanction fort rigoureuse et que, en présence de la généralité des termes du texte précité, on doit admettre dans tous les cas, sans que l'on puisse distinguer, ainsi qu'en droit romain, entre l'ingratitude qui s'accuse par des actes ou des négligences graves, comme des violences matérielles ou un refus d'aliments, et de simples manquements à la reconnaissance ou à un usage de la liberté contraire aux stipulations convenues [3]. La sanction de la loi est pareillement applicable alors même que l'affranchi aurait simplement négligé de remplir les obligations pécuniaires que l'acte d'affranchissement a pu mettre à sa charge, comme celles de payer le solde de sa rançon ou certaines dettes du maître. Les actes d'affranchissement de Delphes admettent formellement la possibilité de révoquer la liberté en pareil cas [4], et la solution devait être évidemment la même dans le droit attique.

Lorsque l'affranchi qui succombe sur la δίκη ἀποστασίου retombe ainsi en esclavage, on peut se demander s'il est replacé sous la puissance de son ancien maître, ou si, au contraire, il est vendu aux enchères par les polètes, avec attribution du prix au patron demandeur. Le texte précité d'Harpocration ne résout nullement la question, car il dit simplement des affranchis qui succombent δεῖ δούλους εἶναι. Aussi plusieurs opinions se sont-elles produites. Dans l'une d'elles, on décide que le choix entre les deux partis que

(1) Harpocration, v° ἀποστασίου.

(2) Cf. l. 30, C. Just., *De liber. caus.*, VII, 16 ; l. 12, C. Just., *De oper. lib.*, VI, 3. — V. Accarias, t. I, n° 38.

(3) Cette même sanction était admise en dehors d'Athènes. Cf. Diogène Laërce, IV, 46 : ὁ πατὴρ μὲν ἦν ἀπελεύθερος... ἔπειτα παρατελωνησάμενός τι πανοίκιος ἐπράθη.

(4) Cf. Wescher et Foucart, n°s 89, 107, 126, 139, 213, 244.

nous avons indiqués appartient au demandeur [1]. Dans une autre opinion, on enseigne que l'affranchi condamné redevient l'esclave de son ancien maître [2]. On peut, en faveur de cette manière de voir, alléguer que telle est la solution qui résulte des actes d'affranchissement de Delphes. Ces actes décident à maintes reprises que si l'affranchi ne remplit point ses engagements, la vente fictive faite au dieu sera annulée ; donc le vendeur recouvre son esclave par l'effet de la condition résolutoire. La loi romaine fait également retomber l'affranchi ingrat sous la puissance de son ancien maître [3]. Enfin, dans une troisième opinion, qui nous semble plus exacte, on n'admet pas que l'affranchi puisse être replacé sous la domination d'un homme qui pouvait être ensuite disposé à le traiter trop durement pour se venger de son ingratitude. Le maître ne recevait donc que le prix de l'esclave vendu aux enchères publiques par les polètes, et cela à titre d'indemnité du préjudice qu'avait pu lui causer l'ingratitude de l'affranchi. Cette solution nous paraît résulter d'un texte de Démosthène [2] dans lequel l'orateur dit aux juges, en parlant d'Aristogiton : τὴν μητέρα αὐτοῦ ὀφλοῦσαν ἀποστασίου ἀπέδοσθε [5]. On ne saurait objecter qu'il y a peut-être ici une erreur et qu'il s'agit plutôt de l'action ἀπροστασίου que de l'action ἀποστασίου, car Suidas [6] nous dit précisément que la mère d'Aristogiton était une affranchie, ἀπελευθερινή [7]. La vente de l'affranchi entraîne, du reste, comme conséquence nécessaire, la confiscation de tous ses biens au profit de la cité [8]. Au surplus, si l'on admet que l'esclave retombe

(1) Caillemer, *loc. cit.*; Schœmann-Galuski, t. I, p. 402.

(2) Cf. en ce sens : Clerc, p. 290, note 7 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 622, pour qui cette solution n'est cependant que « vraisemblable. »

(3) Démosthène, *C. Aristog.*, I, § 65.

(4) Cf. Suidas, v° πωλητής : ὑπέκειντο δὲ τοῖς Πωληταῖς... καὶ ὁ ἀποστασίου γραφείς.

(5) Suidas, v° 'Αριστογείτων.

(6) V. en ce sens : Gide, *in* Daremberg et Saglio, v° *Apostasiou dikè;* Thonissen, p. 408. Cf. Meier, *De bonis*, p. 35.

(7) Thonissen, p. 406.

sous la puissance de son maître, celui-ci est évidemment libre de l'affranchir une seconde fois et, en cas de nouvelle ingratitude, de faire encore révoquer sa liberté au moyen de la δίκη ἀποστασίου. Il n'y a, à cet égard, dans le droit attique, aucune restriction analogue à celle qui, au témoignage de Valère-Maxime, existait à Marseille. Dans cette ville, l'affranchissement pouvait être révoqué, pour cause d'ingratitude, jusqu'à trois fois ; mais à la quatrième fois, la justice refusait d'intervenir et de protéger le maître, qui ne devait plus accuser que sa propre indulgence [1].

Si nous supposons, au contraire, que le patron succombe sur la δίκη ἀποστασίου, il est déchu de tous ses droits de patronage et l'affranchi est alors complètement assimilé, non point aux autres citoyens, mais aux métèques ordinaires. Tel est le sens de la règle posée par Harpocration : τοὺς δὲ νικήσαντας τελέως ἤδη ἐλευθέρους [2]. C'est probablement à cette hypothèse que se rattache un usage sur la signification duquel on a beaucoup discuté. Il s'agit de la consécration à Athéna de phiales d'argent d'une certaine valeur, consécration qui est attestée par d'assez nombreuses inscriptions qui en renferment des catalogues [3]. La formule à peu près constante de la consécration est la suivante : Φίλων γραμματεὺς ἐν Θορικῷ οἰκῶν ἀποφυγὼν Φερεκλείδη Φερεκλέου Περιθοίδην, φιάλη σταθμὸν Η. Parmi les nombreuses explications qui ont été données, il en est une d'après laquelle ceux qui auraient consacré ces phiales seraient des esclaves fugitifs, qui auraient trouvé asile dans un temple et obtenu leur liberté à la condition de consacrer à la divinité de ce tem-

(1) Valère-Maxime, II, 6, 7.

(2) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, Gide, *loc. cit.* ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 622-623 ; Thonissen, p. 407 ; Meier, *De bonis*, p. 34 ; Schœmann-Galuski, t. I, p. 402 ; Gilbert, t. I, p. 194.

(3) *Corp. inscr. att.*, II, 768-775, 776 *b*; Ἐφημ. ἀρχ., 1889, 60 ; Δελτίον, 1888, 174 ; 1890, 58 et s.; *Ber. der Berl. Akad.*, 1887, II, 1070, 1199 et s.; 1888, I, 251 et s. ; *Americ. Journ. Archæol.*, 1888, 149 et s.

ple une offrande d'une certaine valeur [1]. Mais on ne peut admettre qu'il ait suffi à un esclave de s'enfuir et de se réfugier dans un temple pour que son maître fût forcé de l'affranchir [2]. Dans une autre opinion, on considère ces phiales comme ayant été consacrées à Athéna par des esclaves affranchis, uniquement en reconnaissance de leur affranchissement, conformément à un usage qui aurait voulu que tout esclave nouvellement affranchi consacrât ainsi à la déesse protectrice de la cité une offrande de la valeur de cent drachmes [3]. L'explication qui nous paraît la plus sûre, est celle d'après laquelle les phiales en question auraient été offertes à la déesse par des affranchis ayant triomphé dans l'action en apostasie que leur avait intentée leur patron. C'est ce qui résulte, en effet, de l'expression ἀποφυγών qui est appliquée à l'auteur de l'offrande, car le mot ἀποφεύγω signifie « gagner un procès que l'on vous a intenté. » Comme les gagnants dont parlent les inscriptions sont toujours des métèques, et qu'il est peu vraisemblable qu'il s'agisse d'actions en aprostasie, on doit admettre qu'ils ont triomphé dans une action en apostasie. S'il s'agit, dans ces inscriptions, d'affranchis ayant gagné leur procès contre leur patron, on comprend alors très bien pourquoi leurs noms sont toujours suivis du démotique des métèques, οἰκῶν ἐν. Ces affranchis, en effet, ont, par le gain de leur procès, été délivrés de toutes leurs obligations envers leur patron, et ils peuvent avoir un domicile propre, ce qu'ils indiquent, en ajoutant à la mention de leur nom la formule οἰκῶν ἐν [4].

Sur cette question de la sanction des devoirs de l'affranchi envers son patron, Platon pose des règles assez rigoureuses. Il décide que l'affranchi qui ne remplit pas exacte-

(1) Curtius, *Inscript. att. duod.*, p. 19.

(2) Clerc, p. 289.

(3) Kœhler, *in Mittheilungen*, III, 172 et s.

(4) Cf. en ce sens : Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 621, note 373 ; Clerc, p. 290 ; Gilbert, I, p. 194 ; Schenkl, *in Zeit. für die œsterr. Gymn.*, 1881, p. 167 ; Hermann-Thalheim, p. 29, note 2.

ment ses obligations peut être saisi et emmené, comme l'esclave, par voie d'ἀγωγή. Pas plus que l'esclave, il ne peut se défendre, car il n'est pas recevable à plaider contre son patron. Mais il est probable que l'intervention d'un tiers est admise pour l'affranchi comme pour l'esclave [1].

On compare généralement la δίκη ἀποστασίου, intentée contre l'affranchi, à la γραφὴ ἀπροστασίου intentée contre le métèque. Mais cette comparaison est tout à fait inexacte si l'on admet, comme Clerc [1] paraît l'avoir très bien démontré, que le prostate du métèque n'est point un patron, au vrai sens du mot, mais plutôt un parrain, et que son rôle se borne à présenter au dème le nouveau métèque et à le faire inscrire sur le registre tenu dans chaque dème pour les métèques, les fonctions du prostate cessant immédiatement dès que l'inscription est effectuée. L'affranchi ayant forcément un patron, la δίκη ἀποστασίου ne peut être intentée contre lui qu'à raison de sa négligence à remplir envers son patron les devoirs que la loi ou la convention lui imposent. Le métèque, au contraire, n'ayant aucun devoir envers son prostate, la γραφὴ ἀπροστασίου ne peut lui être intentée que s'il n'a jamais eu de prostate, c'est-à-dire que, si l'on veut comparer cette action à une autre, c'est plutôt avec la γραφὴ ξενίας qu'avec la δίκη ἀποστασίου que l'analogie existe. La γραφὴ ξενίας est intentée contre le métèque qui a été frauduleusement inscrit sur le registre civique, et la γραφὴ ἀπροστασίου est formée contre le métèque qui a négligé de se faire inscrire sur le registre des métèques par l'intermédiaire de son prostate. Dans les deux cas, la sanction est la même et elle est très rigoureuse, parce que l'on peut redouter une usurpation du droit de cité.

(1) p. 266 et s.

CHAPITRE V

DES PROCÈS AYANT TRAIT A L'ESCLAVAGE ET A LA LIBERTÉ

Les questions d'esclavage ou de liberté peuvent donner lieu à plusieurs actions distinctes quoique voisines. Ainsi d'abord il peut y avoir contestation entre deux personnes relativement à la propriété d'un esclave : c'est le cas de la *vindicatio servi*. Un second cas est celui où une personne réclame la mise en liberté d'un individu qui, en fait, se trouve être en état d'esclavage : c'est le cas de la *proclamatio in libertatem*. Enfin à ces deux hypothèses se rattache naturellement l'hypothèse inverse de la précédente, à savoir celle où l'on réclame comme esclave un individu qui est libre en fait : c'est le cas de la *vindicatio in servitutem*. Nous avons à indiquer les règles suivies pour la solution de ces diverses contestations, car elles sont le complément naturel de la protection légale de la propriété des esclaves.

Vindicatio servi. — L'action en revendication qui s'engage à propos d'un esclave est la δίκη ἀνδραπόδων, à l'égard de laquelle nous ne possédons presque aucun renseignement [1]. Nous savons seulement par Aristote [2] que cette action était soumise à la procédure sommaire et introduite par les εἰσαγωγεῖς [3]. Quant à la situation de l'esclave pendant le

(1) Dinarque avait composé un plaidoyer pour Lysikleides περὶ ἀνδραπόδων ; mais il ne nous est pas parvenu. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 674. C'est à une action περὶ ἀνδραπόδων que se réfère le premier plaidoyer de Démosthène contre Aphobos, § 25.

(2) Aristote, *Constitut. des Athén.*, c. 52.

(3) Cf. sur les εἰσαγωγεῖς, Meier, Schœmann et Lipsius, p. 91 et s.; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eisagogeis*.

procès, on peut seulement la conjecturer d'après les notions que nous possédons sur d'autres législations grecques concernant le même point. Ainsi à Locres, les lois de Zaleucus [1] attribuaient la possession intérimaire de la chose litigieuse à celui auquel elle avait été enlevée en dernier lieu, et ce principe était appliqué notamment en matière de *vindicatio servi*. De même, à Gortyne [2], la loi posait comme règle, spécialement à propos des revendications d'esclaves, que l'état de fait existant à la veille du procès devait être respecté par les parties. On peut donc supposer assez légitimement qu'il devait en être de même à Athènes [3]. Au surplus, si le fait de la possession pouvait créer une présomption favorable au détenteur, et si les juges devaient être enclins à le considérer comme propriétaire de l'esclave litigieux, on ne peut dire cependant que le possesseur ait été légalement déchargé du fardeau de la preuve et que le demandeur en ait eu la charge [4]. Aussi la loi de Gortyne place-t-elle, au point de vue de la preuve, les deux parties dans la même situation [5].

Vindicatio in servitutem. — Dans les deux hypothèses que nous avons maintenant à examiner et où, à la différence

(1) Polybe, XII, 16.

(2) Loi de Gortyne, I, 1-2.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 674; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 444. Cf. Guiraud, p. 308.

(4) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. XXXVI; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 674; Guiraud, p. 308.

(5) Cette loi porte (I, 18-23). « Si les parties se disputent un esclave que chacune des deux prétend être à elle, s'il y a déclaration faite par un témoin, le jugement sera rendu conformément au témoignage; s'il y a des témoignages pour chacune des deux parties, ou s'il n'y en a pour aucune, le juge statuera en prêtant serment. » Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 447; Bücheler et Zitelmann, p. 86. Cette même loi (I, 24 et s.), dispose que si celui qui succombe dans la *vindicatio servi* est en possession de l'esclave, il doit le remettre dans les cinq jours entre les mains de son adversaire, sinon il sera condamné à une amende de dix statères plus une drachme par jour de retard jusqu'à ce qu'il ait effectué cette remise.

de la première, c'est l'état même d'homme libre ou d'esclave qui est mis en question, soit que l'on réclame comme esclave un individu libre de fait, soit que l'on réclame la mise en liberté d'un individu esclave de fait, le procès ne s'engage plus entre les deux personnes directement intéressées à sa solution, c'est-à-dire entre le prétendu maître et celui dont l'état est mis en question ; il se poursuit entre le prétendu maître et celui qu'on peut nommer le champion de la liberté, et que les Romains qualifiaient de *vindex* ou *assertor libertatis*. C'est là, en effet, un principe commun aux législations antiques qu'un homme, même libre de fait, ne peut pas agir personnellement en justice dès que sa liberté est en cause [1].

Ce principe général étant posé, examinons d'abord le cas de *vindicatio in servitutem*. Lorsqu'une personne réclame un individu comme son esclave, elle peut mettre la main sur lui et l'emmener chez elle avant tout jugement : c'est ce que l'on désigne, dans le droit attique, par les expressions ἄγειν ou ἄγειν εἰς δουλείαν, celui qui procède à cette *manus injectio* ou *ductio* étant lui-même qualifié ἄγων. Si l'individu ainsi appréhendé se trouve en la possession d'un tiers, lequel prétend avoir lui-même des droits sur lui, il y a lieu au procès dont nous avons précédemment parlé, à la *vindicatio servi*. Si ce même individu est libre de fait, alors de deux choses l'une : ou bien personne ne s'oppose à la *manus injectio*, et il n'y a lieu à aucune procédure. Ou bien, au contraire, un champion se présente, qui soutient que l'individu appréhendé est de condition libre et doit être laissé en liberté : cette intervention du tiers se nomme ἀφαίρεσις ou

(1) V. sur le motif de cette règle à Rome, Accarias, I, nº 54. — La loi de Gortyne n'énonce pas formellement ce principe, mais il résulte implicitement de l'ensemble des dispositions de la loi sur les procès de liberté. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 443. Cf. B. W. Leist, p. 512 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 665.

ἐξαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν, et le fait de l'exercer ἀφαιρεῖσθαι ou ἐξαρεῖσθαι εἰς ἐλευθερίαν [1] [2].

Cette opposition est elle-même régulière ou irrégulière, c'est-à-dire violente. L'ἀφαίρεσις, pour être régulière et valable, suppose que l'opposant se déclare prêt à se rendre avec le prétendu maître devant le magistrat, c'est-à-dire devant l'archonte éponyme, si la personne dont l'état est en cause était traitée comme citoyenne, ou devant le polémarque si elle était considérée comme étrangère [3]. Devant le magistrat, l'opposant doit fournir trois cautions solvables pour garantir le paiement de l'indemnité à laquelle le maître aura droit si l'ἀφαίρεσις est jugée mal fondée. Platon, qui, en effet, n'a fait sur ce point que transcrire fidèlement les dispositions de la loi athénienne, exige trois cautions solvables, ἐγγυητὰς τρεῖς ἀξιόχρεως [4], et l'on trouve, en conséquence, trois ἐγγυηταί dans la procédure relative à Nééra [5]. La loi paraît

(1) Harpocration, v° ἀφαίρεσις : ἰδίως λέγεται ἡ εἰς ἐλευθερίαν. V° ἐξαιρέσεως, δίκη : ὁπότε τις ἄγοι τινὰ ὡς δοῦλον, ἔπειτά τις αὐτὸν ὡς ἐλεύθερον ἐξαιροῖτο, ἐξῆν τῷ ἀντιποιουμένῳ τοῦ ἀνθρώπου ὡς δούλου λαγχάνειν ἐξαιρέσεως δίκην τῷ εἰς τὴν ἐλευθερίαν αὐτὸν ἐξαιρουμένῳ. Ἰσαῖος ἐν τῇ ὑπὲρ Εὐμάθους εἰς ἐλευθερίαν ἀφαιρέσει. Cf. Bekker, *Anecd.*, I, p. 468, 18. Il résulte de cette définition que les deux expressions ἀφαιρεῖσθαι et ἐξαρεῖσθαι sont synonymes. C'est donc à tort que l'on a voulu attribuer à la première le sens spécial de *asserere in libertatem* et à la seconde celui de *vindicare in servitutem*. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 659, note 494. Dans les inscriptions de Delphes, on trouve l'expression συλεῖν ὡς ἐλεύθερον ἐπ' ἐλευθερίᾳ. Cf. Meier, *Allg. Lit. Zeit.*, 1843, II, 622 ; Wescher et Foucart, *Inscriptions de Delphes*.

(2) Platon admet également, dans son *Traité des Lois*, (XI, p. 914, c), que l'esclave fugitif peut être arrêté et saisi par son maître ou par toute personne agissant dans l'intérêt du maître. Il peut être lié et emmené sans autre forme de procès et n'a pas le droit de se défendre ; mais un tiers peut intervenir et s'opposer à la saisie.

(3) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.* Cette distinction nous semble plus rationnelle que la règle posée par Meier, Schœmann et Lipsius, p. 659, qui attribue compétence dans tous les cas au polémarque. Cf. aussi Platner, *Process*, II, p. 237. Il est vrai que, dans le plaidoyer de Démosthène contre Nééra (§ 40) le procès se déroule devant le polémarque, mais c'est précisément parce que Nééra passait pour étrangère.

(4) Platon, *Leges*, XI, p. 914 e.

(5) Démosthène, *in Neær.*, § 40.

d'ailleurs avoir permis à l'auteur de l'ἀφαίρεσις de s'offrir lui-même comme l'une de ces trois cautions, ainsi que cela se voit dans le plaidoyer de Démosthène [1].

L'opposition étant régulièrement formée, la personne dont l'état est contesté doit dès lors être provisoirement traitée comme libre [2]. C'est le principe libéral qui était également admis à Rome où on le formulait en disant : *vindiciæ secundum libertatem dabantur*. Aristote [3] le justifie très bien en disant que « si c'est un grand mal qu'un esclave soit déclaré libre, c'est un mal bien plus grand encore qu'un homme libre soit déclaré esclave. » Il paraît, du reste, résulter de l'exemple de Pancléon, cité par Lysias [4], que si les amis de celui qui est emmené comme esclave par son prétendu maître promettent que le lendemain il se présentera quelqu'un pour procéder à une ἀφαίρεσις régulière, l'esclave prétendu doit être immédiatement laissé en liberté [5].

La loi de Gortyne s'écarte sur ce point du droit attique et du droit romain. La personne dont l'état est litigieux reste, pendant le procès, dans la situation de fait où elle se trouvait au moment où l'instance est engagée. Soit que l'on réclame comme sien un esclave ou un homme libre de fait, soit qu'au contraire on réclame la mise en liberté d'un esclave de fait, on doit attendre la décision du juge avant de modifier en quoi que ce soit le *statu quo*. C'est ce qui résulte de cette règle posée au début de la loi : « Celui qui va plaider au sujet d'un homme libre ou d'un esclave ne l'emmènera pas avant le jugement. » Aussi la

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 659, texte et note 495 ; Caillemer, *loc. cit.*, et *in* Daremberg et Saglio, v° *Eggyè*, p. 492.

(2) Démosthène, *In Neær.*, § 40 ; Eschine, *C. Timarch.*, §§ 62 et s.; Lysias, *C. Pancl.*, §§ 9 et 10. Cf. Platner, *Process*, II, p. 237 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 659 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Aphairesis eis eleutherian*.

(3) Aristote, *Problem.*, 29, 12, p. 951, *b*, 6.

(4) Lysias, *loc. cit.*

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 659.

même loi décide-t-elle un peu plus loin [1], (solution qui serait impossible dans le droit attique ou dans le droit romain), que c'est au possesseur de l'individu déclaré libre à le mettre en liberté.

Si, devant l'opposition ainsi formée, l'ἄγων ne proteste point, tout est terminé, à moins que celui qui a été l'objet de la *manus injectio* ou ceux qui ont fait opposition dans son intérêt ne forment plus tard une action contre le prétendu maître à raison de sa tentative d'ἀγωγή. Celle-ci constitue, en effet, par elle-même soit une violence, soit tout au moins une injure ; on peut donc en obtenir réparation soit par la δίκη βιαίων, soit par la δίκη ὕβρεως [2].

Si l'ἄγων conteste la légitimité de l'opposition et se prétend injustement dépouillé, le procès sur le fond s'engage au moyen d'une δίκη ἀφαιρέσεως qu'il intente contre l'*assertor*. Cette action rentre dans l'hégémonie de l'archonte éponyme ou du polémarque, suivant la distinction que nous avons précédemment indiquée. L'ἄγων doit alors établir son droit de propriété sur l'individu qu'il revendique, c'est-à-dire démontrer qu'il l'a fait prisonnier à la guerre, ou qu'il l'a acheté, ou qu'il est né d'une esclave lui appartenant, ou qu'il lui a été judiciairement adjugé à la suite d'une δίκη ἀποστασίου. L'auteur de l'ἀφαίρεσις peut, de son côté, établir que l'individu litigieux ou bien n'a jamais été esclave ou qu'il a été affranchi. Toutefois, d'après certains auteurs, l'esclavage, à considérer son origine, et sauf les cas où celle-ci provient du butin fait à la guerre ou d'une décision judiciaire, ayant toujours pour point de départ un acte de violence illégal, la loi avait dû établir une sage restriction, à nous inconnue, concernant le point de savoir jusqu'où on devait remonter pour établir le droit de propriété sur un esclave [3]. En d'autres termes, il devait y avoir ici une pres-

(1) I, 24 et s.

(2) Lysias, *C. Pancl.*, § 12. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 660.

(3) Meier, Schœmann et Lypsius, p. 660.

cription acquisitive semblable à celle qui était admise en matière mobilière ou immobilière. Ce n'est là néanmoins, selon nous, qu'une simple conjecture, car, ainsi que nous le verrons, l'existence d'une prescription acquisitive dans le droit attique n'est nullement démontrée [1]. Il est probable, du reste, que dans le cas où les deux parties fournissaient des preuves égales, les juges devaient se prononcer en faveur de la liberté. C'est la décision de la loi de Gortyne [2], comme elle fut plus tard celle du droit romain [3], qui l'avait peut-être empruntée à la Grèce, et il est assez rationnel de l'admettre également pour le droit attique, où la procédure dont nous nous occupons est plutôt favorable qu'hostile à la liberté.

Si, sur la δίκη ἐξαιρέσεως, l'*assertor* succombe, il doit indemniser le demandeur de tout le dommage que lui a causé l'ἀφαίρεσις et, en outre, payer, à titre d'amende, une somme égale à l'Etat. C'est ainsi que le père de Théocrine avait été condamné, de ce chef, à une somme de 500 drachmes pour avoir indûment réclamé la mise en liberté d'un esclave de Céphisodore [4]. La loi que cite Démosthène [5] à ce sujet n'est point toutefois rédigée en termes très clairs. Elle porte : τὸ ἥμισυ τοῦ τιμήματος ὀφείλειν τῷ δημοσίῳ, ὃς ἂν δόξῃ μὴ δικαίως εἰς ἐλευθερίαν ἀφελέσθαι. Il en résulte que les 500 drachmes payées par Théocrine correspondent à la moitié du τίμημα. On est d'accord pour dire que le τίμημα dont il est ici question n'est point l'estimation du dommage causé au demandeur. Il est impossible, en effet, d'admettre que celui-ci n'ait jamais pu

(1) V. *infra*, liv. II, tit. II, chap. II, sect. V, De l'usucapion.

(2) Loi de Gortyne I, 14-17 : « Si les parties prétendent l'une que l'homme est libre, l'autre qu'il est esclave, seront préférés les témoins qui l'auront déclaré libre. » Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 447.

(3) L. 24, § 1, D. *De manum.*, XL, 1 : « Sed si et testes non dispari numero tam pro libertate quam contra libertatem dixerint, pro libertate pronuntiandum sæpe constitutum est. »

(4) Démosthène, *C. Theocr.*, § 19.

(5) *Ibid.*, § 21

obtenir que la moitié de la somme représentant le dommage qu'il avait subi outre la moitié de la valeur de l'esclave, si celui-ci n'était pas rentré en sa possession. On doit entendre, au contraire, par τίμημα l'estimation du litige, c'est-à-dire le montant total de la condamnation prononcée, y compris l'amende encourue au profit de l'Etat et qui était égale au montant des restitutions. Cette manière de voir se justifie, d'ailleurs, par ce que dit Platon de la δίκη ἐξαιρέσεως : le philosophe la considère comme un cas spécial de la δίκη βιαίων, qui avait pour conséquence la condamnation du coupable au double du dommage causé, condamnation dont une moitié était attribuée au Trésor public, et l'autre à la partie lésée [1]. On peut également, à un certain point de vue, et cette manière de voir est favorisée par plusieurs textes [2], envisager la δίκη ἐξαιρέσεως comme une sorte de δίκη βλάβης, action pour laquelle l'indemnité est fixée au double si le dommage est volontaire, avec cette différence toutefois que le montant de la condamnation est, dans la première action, partagé entre le demandeur et le Trésor public.

L'indemnité à payer par l'*assertor* qui succombe sur la δίκη ἐξαιρέσεως correspond, dans le cas où il ne peut pas livrer au demandeur la personne même de l'individu reconnu comme esclave, à la valeur de celui-ci. En principe, la personne revendiquée doit être remise à celui qui a établi sur elle son droit de propriété, ainsi que le prouve l'expression qui se trouve dans un plaidoyer de Lysias [3], περὶ τοῦ σώματος ἀγωνί-

(1) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 660-661 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 139, note 20 ; Bœckh, I, p. 448, note a ; Thonissen, p. 29; Caillemer, *loc. cit.* ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 444 ; Foucart, *Mém. sur l'affranch.*, p. 13.— La loi de Gortyne (I, 43-48) décide également que si le perdant ne remet pas l'esclave au demandeur, il paiera, outre l'amende, une somme égale à la valeur de l'esclave. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 449 ; Bücheler et Zitelmann, p. 91 et s.

(2) Harpocration, v° ἄγοι : ἔβλαψέ με Ξενοκλῆς ἀφελόμενος Εὐμάθην εἰς ἐλευθερίαν ἄγοντος ἐμοῦ εἰς δουλείαν κατὰ τὸ ἐμὸν μέρος. V. les autres textes cités par Meier, Schœmann et Lipsius, p. 623, note 375.

(3) Lysias, *C. Pancleon.*, § 12.

σασθαι [1]. Mais il pouvait aussi arriver, comme le démontre le cas de Théocrine, que l'esclave ne fût pas remis à son maître. On peut même supposer, avec assez de vraisemblance, que l'*assertor* avait le choix à cet égard, et que, s'il ne remettait pas l'esclave au revendiquant, il en devenait lui-même le propriétaire, pourvu toutefois qu'il eût complètement indemnisé l'ancien maître [2].

L'*assertor* qui succombe doit naturellement payer les πρυτανεῖα, dont le montant est alors fixé vraisemblablement d'après le τίμημα du demandeur. C'est également d'après ce τίμημα que doit être déterminée l'épobélie, à supposer, ce qui est fort incertain, qu'elle eût lieu dans le procès dont nous nous occupons [3].

On comprend qu'en raison des amendes, dommages-intérêts ou autres condamnations qui le menacent, un citoyen soit quelquefois peu disposé à intervenir pour défendre la liberté d'un individu revendiqué comme esclave. Aussi les actes d'affranchissement par voie d'offrande au dieu reconnaissent-ils généralement à tout citoyen le droit de défendre l'affranchi menacé dans sa liberté « sans être exposé à aucun procès, ni passible d'aucune amende [4]. »

Lorsque le demandeur triomphe dans sa δίκη ἀφαιρέσεως, il est reconnu propriétaire non seulement de l'esclave lui-même, mais encore de toutes les acquisitions que celui-ci a pu faire antérieurement, car c'est un principe, que nous avons précédemment exposé, que les esclaves ne peuvent rien acquérir que pour leur maître [5]. Toutefois, conformément au droit

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 662, note 499.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, *ibid.* — La loi de Gortyne (I, 38-43) supposant que l'exécution du jugement est impossible parce que l'esclave s'est réfugié dans un temple, décide que la partie condamnée peut se libérer en faisant voir, à son adversaire, devant témoins, le lieu où l'esclave s'est réfugié. Cette formalité établit la bonne foi du condamné et c'est alors au maître à aviser et à faire bonne garde. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 449; Bücheler et Zitelmann, p. 95.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 662.

(4) V. *supra*, p. 479.

(5) V. *supra*, p. 444 et s.

commun concernant la chose jugée, il y a lieu de supposer que la décision du juge rendue *secundum servitutem* ne peut avoir son effet qu'entre les parties elles-mêmes et, dès lors, si c'est une femme qui a été déclarée esclave, cette décision ne peut avoir d'effet à l'égard des enfants nés d'elle avant l'engagement de l'instance ou peut-être de l'ἀγωγή. Pour que ces enfants appartiennent également au maître, il faut que celui-ci prouve qu'ils sont nés alors que cette femme était déjà son esclave.

Nous avons toujours supposé que l'ἀφαίρεσις était régulière, c'est-à-dire qu'elle avait eu lieu avec les formes prescrites par la loi. Si elle est irrégulière en la forme, ou, en d'autres termes, si elle est violente, le propriétaire indûment dépossédé de son esclave peut intenter contre l'auteur de cette dépossession une action βιαίων [1], soumise aux règles ordinaires de cette action [2].

Si maintenant nous passons à l'hypothèse inverse de celle où nous nous sommes placé jusqu'à présent, c'est-à-dire à celle où le prétendu maître, qui a intenté la δίκη ἐξαιρέσεως, succombe dans son action, l'individu dont la condition était contestée reste définitivement dans l'état de liberté où il avait été provisoirement placé [3]. Il peut, d'autre part, réclamer à celui qui a voulu injustement l'ἄγειν εἰς δουλείαν une indemnité soit par la δίκη βιαίων, soit par la γραφὴ ὕβρεως [4].

(1) Lysias, *C. Pancleon.*, § 12. Cf. Platner, *Process*, II, p. 237 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 662 ; Caillemer, *loc. cit.*

(2) V. sur l'action βιαίων : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 643 et s. ; Thonissen, p. 270 et s. Platon (*loc. cit.*), décide également que, en dehors de la voie légale ouverte à l'*assertor*, tout obstacle apporté à la saisie du maître est puni, comme voie de fait, d'une amende égale au double du dommage.

(3) Dans le droit de Gortyne où, comme nous l'avons vu, on admet pas la règle *vindiciæ secundum libertatem*, la loi décide (I, 24 et s.) que si celui qui succombe possède l'individu dont l'état est contesté, il devra le relâcher dans les cinq jours, sinon il sera condamné à payer une amende de cinquante statères par jour de retard jusqu'à ce qu'il l'ait relâché.

(4) Lysias, *loc cit.* Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 444, note 1.

La *vindicatio in servitutem* est-elle, comme les autres actions soit réelles, soit personnelles, sujette à s'éteindre par la prescription? L'affirmative paraît résulter d'une comédie de Plaute, l'*Epidicus*, dont la scène se passe à Athènes et qui, comme l'indique son titre, a été traduite du grec. Le poète y fait dire, en effet, à une musicienne :

> Neque me quidem emere quisquam ulla pecunia
> Potuit : plus jam sum libera quinquennium [1].

Il nous reste, pour terminer ce qui a trait à la *vindicatio in servitutem*, à présenter deux observations, la première, c'est qu'il n'est pas permis à toute personne de prétendre qu'un individu, qui vit en état de liberté, est en réalité un esclave. Cela n'est possible, en principe, que de la part de celui qui prétend avoir un droit de maître, de propriétaire sur cet individu. On doit admettre aussi, comme le décide Platon [2], imitateur fidèle sur ce point des dispositions de la loi athénienne, que cette action peut être intentée dans l'intérêt du véritable ayant-droit par un de ses parents ou amis [3]. On doit même aller plus loin encore et reconnaître à toute personne ayant un intérêt personnel à ce qu'un individu soit déclaré de condition servile, le droit de procéder contre lui à une ἀγωγή ou à tout autre acte analogue. C'est ce qui résulte, en effet, d'un plaidoyer d'Isocrate [4]. On y voit que l'orateur et Ménexène, voulant faire mettre à la torture l'esclave Kittos du banquier Pasion, celui-ci, tout en ayant d'abord soutenu que l'esclave lui appartenait, se présenta ensuite comme champion de sa liberté et dut fournir une caution de sept talents. Or cette ἀφαίρεσις ne se comprend pas de la part de Pasion sans une ἀγωγὴ εἰς δουλείαν préalable.

(1) Cf. en ce sens Dareste, *Science du droit*, p. 152, note 2.

(2) Platon, *Leges*, XI, 914 e : ἀγέτω δὲ καὶ ὑπὲρ ἄλλου τῶν οἰκείων ἢ φίλων τὸν ἀφεστῶτα ἐπὶ σωτηρίᾳ.

(3) Meier, Schœmann et Lypsius, p. 662.

(4) Isocrate, *Trapez.*, §§ 13 et 49.

Mais comme l'orateur et Ménexène n'étaient nullement autorisés à se prétendre propriétaires de l'esclave, il faut admettre que leur ἀγωγή se justifiait uniquement par le motif que nous avons indiqué, à savoir celui qui était tiré de leur intérêt personnel à ce que la condition servile de Kittos fût bien établie [1].

La seconde observation, c'est qu'à côté de la procédure de l'ἀφαίρεσις on ne saurait admettre une autre action, soit δίκη δουλείας, soit δίκη ἀποστασίου tendant au même but, c'est-à-dire à la *vindicatio in servitutem.* Les droits du propriétaire sont, en effet, suffisamment garantis par la procédure que nous avons exposée puisque, dans tous les cas, il peut ἄγειν εἰς δουλείαν celui dont il se prétend le maître, et, s'il rencontre une opposition, en venir à bout par la δίκη ἐξαιρέσεως. D'un autre côté, l'action publique ἀνδραποδισμοῦ suffit également à sauvegarder les droits du propriétaire contre les détournements d'esclaves. On doit donc rejeter soit l'existence d'une δίκη δουλείας, qui n'est établie par aucun texte [2], soit l'application à la *vindicatio in servitutem* de la δίκη ἀποστασίου, action qui, comme nous l'avons vu [3], a pour but unique de révoquer l'affranchissement en cas d'ingratitude [4].

Proclamatio in libertatem. — L'ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν, dont nous venons d'exposer les règles, est comme nous l'avons vu, formée incidemment à la *vindicatio in servitutem* ou, plus exactement, à l'ἀγωγή pratiquée par le prétendu maître. On s'est demandé si la procédure de l'ἀφαίρεσις est possible *de plano* pour revendiquer la liberté d'un individu qui est possédé comme esclave. Les textes

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 662-663.

(2) Le passage du discours d'Eschine contre Timarque (§ 66) où il est dit : ἣν (δίκην) ἐνεκαλέσατο Ἡγήσανδρος τῆς δουλείας αὐτόν, est d'une authenticité fort douteuse. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 624, note 377.

(3) V. *supra*, p. 505 et s.

(4) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 624 ; Bücheler et Zitelmann, p. 80, note 7. *Contra :* Platner, *Process*, II, p. 238.

sont muets sur cette hypothèse. Il est probable toutefois qu'un tiers avait alors le droit d'intervenir pour demander que la liberté fût rendue à cet individu. Le tiers devait se rendre dans le lieu où ce dernier se trouvait détenu et mettre la main sur lui en présence de témoins et en déclarant que c'était un homme libre. Si personne ne faisait opposition à cette déclaration, il n'y avait lieu lieu à aucune procédure ultérieure et la liberté était acquise à l'individu en question. En cas d'opposition de la part du possesseur, l'*assertor libertatis* fournissait devant le magistrat les cautions légales et il y avait lieu ensuite à la δίκη ἀφαιρέσεως, avec toutes les conséquences que nous avons attachées à cette action. Nous remarquerons, en outre, qu'à côté de cette procédure, que nous qualifions de *proclamatio in libertatem*, il pouvait y avoir lieu à la γραφὴ ἀνδραποδισμοῦ contre celui qui s'était injustement emparé d'un homme libre [1] [2].

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 663; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 445, note ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Aphairesis eis eleutherian.*

(2) Nous avons vu précédemment, en traitant des esclaves publics, que la procédure de l'ἀφαίρεσις est applicable au cas où une personne revendique comme esclave un individu qui vit comme esclave public. V. *supra*, p. 464.

CHAPITRE VI

DU SERVAGE ET DE LA CLIENTÈLE

L'esclave dont nous avons jusqu'à présent étudié la situation, c'est, en quelque sorte, l'esclave meuble, juridiquement assimilé à toute autre propriété mobilière. Il nous faut maintenant rechercher si le droit grec, et spécialement le droit attique, ont connu une autre espèce d'esclave, que l'on peut qualifier d'esclave immeuble [1], c'est-à-dire semblable au sol auquel il est attaché, *quodammodo membrum terræ*, comme dit la loi romaine [2]. En d'autres termes, retrouve-t-on dans l'ancienne Grèce ce que l'on a nommé à d'autres époques le servage de la glèbe, c'est-à-dire la condition d'hommes qui étaient unis au sol héréditairement et qui ne pouvaient jamais s'en séparer ?

Le servage paraît avoir été inconnu dans la Grèce héroïque : les poèmes homériques n'y font, en effet, aucune allusion. Homère parle des hommes non libres, qu'il qualifie de δμῶες, οἰκῆες ou δοῦλοι, mais ce sont là, de l'avis général, des esclaves, et il n'existe aucune classe intermédiaire entre eux et celle des hommes libres. Hésiode est également muet sur le servage. On peut donc en conclure qu'au IVe siècle cette institution est encore, sinon complètement ignorée des Grecs, du moins peu répandue [3].

(1) Platon, *Leges*, XI, p. 915 a. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 109.
(2) Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches*, p. 47.
(3) L. unic. C. *De col. Thrac.*, XI, 52.
(4) Cf. Schœmann-Galuski, t. I, p. 48 ; Guiraud, p. 73 et s.

A l'époque historique, au contraire, on rencontre, dans un certain nombre de cités grecques, une classe d'individus affectés à la culture du sol et liés à la terre par la servitude. Les serfs que l'on trouve alors dans le monde hellénique sont, d'une manière générale, des indigènes que la défaite a soumis à la loi du vainqueur et qui ont été asservis en masse au lieu de l'être individuellement comme les esclaves. Les vainqueurs, ayant intérêt à ménager les vaincus et ne pouvant matériellement se passer d'eux, leur reconnaissent une situation supérieure à celle des esclaves, mais les attachent à ce sol dont ils doivent livrer une partie des produits à leurs maîtres à titre de redevance.

Ainsi les Thessaliens, en s'établissant dans le pays qui porte leur nom, ne laissèrent à certains des peuples vaincus par eux et dépossédés de leurs territoires d'autre alternative que l'émigration ou le servage. Ceux qui optèrent pour ce dernier parti devinrent les pénestes, mot qui, suivant quelques-uns, était une altération de ménestes (μενέσται, *servi manentes*) ce qui indiquait à la fois leur origine et leur condition, car ils n'étaient restés dans leur patrie vaincue qu'à la condition d'y demeurer toujours. En vertu d'un pacte très ancien, ils ne pouvaient être vendus hors des frontières de la Thessalie, ni mis à mort; mais ils devaient cultiver la terre en payant une redevance [1]. Ainsi fixés au sol et protégés contre l'arbitraire de leurs maîtres, les pénestes sont moins des esclaves que des serfs, et leur condition, au témoignage même des anciens [2], est intermédiaire entre celle des esclaves et celle des hommes libres [3]. Les pénestes pouvaient d'ailleurs échapper quelquefois à leur condition par l'affranchissement [3].

L'impulsion donnée par les Thessaliens se communiqua de

(1) Archémachos, *in* Athénée, VI, p. 264 et *in Fragm. hist. gr.*, IV, p. 314.
(2) Pollux, III, 83 : μεταξὺ δουλῶν καὶ ἐλευθέρων.
(3) Cf. sur les pénestes : Wallon, t. I, p. 84 et s.; Guiraud, p. 418.

proche en proche et certaines populations, chassées par la conquête, se transformant elles-mêmes en conquérantes, portèrent dans les pays qu'elles envahissaient la même forme d'asservissement. C'est ainsi que les Béotiens d'Arné, fuyant le joug des Thessaliens, vinrent s'établir dans le pays nommé depuis Béotie où ils retinrent dans leur dépendance ceux des anciens habitants qui ne cherchèrent point d'autres demeures [1]. Les Doriens, que leur émigration soit spontanée, ou qu'elle se rattache à l'invasion thessalienne, introduisirent également le servage dans le Péloponèse comme dans les établissements qu'ils fondèrent en dehors de la Grèce. Ainsi les hilotes de Sparte étaient, pour la plupart, chargés d'exploiter les terres des Spartiates moyennant une certaine redevance payée à leurs maîtres et fixée d'une manière invariable. Ils étaient aptes à posséder des biens mobiliers, pouvaient fonder une famille, mais aussi étaient quelquefois traités par les Spartiates avec une rigueur qui s'explique par la crainte qu'ils inspiraient. Quoique devant des services personnels aux maîtres des fonds auxquels ils étaient attachés, les hilotes étaient néanmoins placés sous la juridiction exclusive de l'Etat, qui seul pouvait les punir de mort, les séparer du fonds héréditaire ou seul encore les affranchir et en faire des citoyens [2].

Dans un autre pays d'Orient, en Crète, le servage est également pratiqué, et la découverte de la loi de Gortyne a jeté un jour précieux sur la situation des serfs crétois (Fοικεύς), par opposition aux esclaves proprement dits (δῶλος). Ce serf est attaché au κλᾶρος, c'est-à-dire à l'un des lots que les conquérant doriens ont tirés au sort, le lendemain de la conquête, d'où le nom de clarote qui lui est quel-

(1) Ephore, fr. 26 (Didot). Cf. Wallon, t. I, p. 98. *Contra :* Guiraud, p. 407.

(2) Cf. sur les hilotes : Jannet, *Inst. soc. de Sparte*, p. 12 et s. ; Wallon, t. I, p. 98 ; O. Müller, *Die Dorier*, t. II, ch. III, § 5 ; Guiraud, p. 409 et s. ; Schœmann-Galuski, t. I, p. 229 et s.

que fois donné. Il cultive le domaine rural de son maître, à la condition de lui payer une redevance. Il a son pécule, une famille semblable à celle de l'homme libre, quoique plus étroite. Si, en principe, il est représenté par son maître en justice, il peut plaider seul quelquefois. Sa situation est généralement considérée comme supérieure à celle de l'hilote spartiate et même comme supérieure à celle de l'affranchi crétois. Le serf crétois peut parvenir à la liberté et devenir propriétaire du domaine qu'il cultive si la famille du maître s'éteint toute entière. Par contre, il peut retomber dans l'esclavage proprement dit, s'il essaie de prendre la fuite [1].

L'institution du servage se rencontre encore, avec un caractère plus ou moins rigoureux, dans d'autres cités grecques, à Héraclée Pontique, à Byzance, à Héraclée Trachinienne, à Sicyone, en Locride et en Argolide [2]. Mais nous n'insisterons pas sur les détails de leur condition, pour arriver immédiatement à l'examen de la question de savoir si le servage ou toute autre institution analogue existait en Attique, question fort délicate et qui se rattache étroitement aux réformes sociales introduites par Solon.

Il est certain qu'avant ces réformes il existait à Athènes une classe d'individus nommés πελάται, ἑκτημόροι ou θῆτες [3], au profit de qui Solon accomplit la réforme que ses contemporains ont nommé la σεισαχθεία, ce qui veut dire qu'il les a débarassés du lourd fardeau qui pesait sur eux. Mais quelle était précisément la situation des gens de cette classe et en quoi a consisté la seisachthie? C'est là une question très délicate et très discutée et sur laquelle les auteurs anciens eux-mêmes n'étaient pas d'accord. Aujourd'hui encore il est permis d'hésiter sur la solution, même depuis

(1) Cf. sur les serfs crétois : Wallon, t. I, p. 125; Guiraud, p. 414; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 424; Bücheler et Zitelmann, p. 63.

(2) Cf. Guiraud, p. 407 et s.; Wallon, I, p. 133 et s.

(3) Plutarque, *Solon*, c. 13; Aristote, *Const. des Athén.*, c. 2.

la découverte de l' Ἀθηναίων πολιτεία d'Aristote, qui a cependant jeté un jour nouveau sur ce problème et a permis, à notre avis, de le résoudre d'une manière à peu près satisfaisante. Deux grandes théories, également séduisantes, ont été soutenues sur le point qui nous occupe, et nous allons d'abord les exposer, puis nous indiquerons les raisons qui peuvent nous faire pencher en un sens plutôt que dans l'autre.

Dans une première opinion, qui a été proposée par Schœmann [2], et qui a depuis rencontré un grand nombre de partisans, surtout en Allemagne [3], les ἑκτημόροι sont des propriétaires libres, mais endettés, qui n'ont pu remplir leurs engagements le jour de l'échéance soit de la dette, soit même des intérêts, et qui, en vertu de la loi rigoureuse sur les dettes, sont obligés, comme les lots étaient inaliénables, d'abandonner les cinq sixièmes de leur récolte à leurs créanciers. La réforme de Solon aurait alors consisté à abolir les dettes de ces ἑκτημόροι et aussi la redevance dont ils étaient tenus, ainsi qu'à ôter aux créanciers le droit d'asservir leurs débiteurs. Dans une autre opinion, soutenue par Fustel de Coulanges [1], les ἑκτημόροι délivrés par Solon étaient les clients qui cultivaient les terres des Eupatrides ; ils finirent par obtenir, non pas la propriété, mais la possession de leurs lots moyennant le paiement d'une redevance fixée, à l'époque de Solon, au sixième de leur récolte. La réforme

(1) Schœmann, *De comit. athen.*, p. 362. Cf. *Antiquités grecques* (trad. Galuski), I, p. 376.

(2) Hermann-Thumser, p. 375 ; Bœckh, 2ᵉ éd., t. I, p. 578, note a ; Grote, *Hist.*, 2ᵉ éd., II, p. 77 et s. ; Curtius, *Hist. de la Grèce*, t. I, p. 405 et s. ; Müller-Busolt, t. IV, 1, p. 145 ; Gilbert, t. I, p. 141 ; Martin, *Cavaliers athéniens*, p. 46 ; Guiraud, p. 421.

(3) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. IV, c. 6, 20 ; *Nouvelles recherches*, p. 50, et *in* Daremberg et Saglio, vº *Attica respublica*, p. 535. — Cf. dans le même sens, Clerc, p. 340 et s.

(4) Plutarque, *Solon*, c. 15, § 4 : πρῶτον πολίτευμα γράψας τὰ μὲν ὑπάρχοντα τῶν χρεῶν ἀνέλεσθαι, πρὸς δὲ τὸ λοιπὸν ἐπὶ τοῖς σώμασι μηδένα δανείζειν.

de Solon aurait aurait alors consisté dans l'abolition de la clientèle et de la redevance et dans la reconnaissance du droit de propriété personnelle conféré à ceux qui n'étaient auparavant que des clients ou, en quelque sorte, des serfs.

Les partisans du premier système invoquent un certain nombre de textes qui semblent bien, en effet, borner la réforme de Solon à une simple abolition des dettes. Telle est d'abord la signification que lui donne Plutarque. « Par le décret de Solon, dit-il, toutes les dettes antérieures furent abolies et il fut désormais interdit d'emprunter sur son corps ». C'est là du moins, ajoute-t-il, l'opinion générale sur la portée de la seisachthie [1]. C'est également en ce sens qu'Aristote, dans son traité sur la *Constitution des Athéniens*, paraît interpréter la réforme de Solon : « Devenu maître des affaires, dit-il, Solon délivra le peuple dans le présent et dans l'avenir en défendant d'engager son corps pour dettes et il abolit les dettes privées et publiques, ce que l'on nomme la seisachthie » [2]. Aristote ne dit pas un mot d'où l'on puisse induire que ceux dont il secoua ainsi le fardeau vivaient en état de servitude. Il dit seulement que toutes les terres étaient accaparées par les riches, que les pauvres travaillaient pour eux, qu'ils leur payaient une redevance, qu'ils leur donnaient en garantie leur personne et que si, à l'échéance, ils n'acquittaient point leur fermage, ils s'exposaient à être réduits en esclavage. Il pouvait, sans doute, y avoir beaucoup de pélates tombés en servitude ; mais ce n'était point là leur condition normale ; la servitude n'était que la conséquence accidentelle de leur insolvabilité [3]. De

(1) *Ibid.*, § 7 : οἱ δὲ πλεῖστοι, πάντων ὁμοῦ φασι τῶν συμβολαίων ἀναίρεσιν γενέσθαι τὴν σεισάχθειαν καὶ τούτοις συνᾴδειν μᾶλλον τὰ ποιήματα.

(2) Aristote, *Const. des Ath.*, c. 6 : κύριος δε γενόμενος των πραγμάτων, ὁ Σόλων τόν τε δῆμον ἠλευθέρωσε, καὶ ἐν τῷ παρόντι καὶ εἰς το μέλλον κωλύσας δανείζειν ἐπὶ τοῖς σώμασιν, καὶ χρεῶν ἀποκοπὰς ἐποίησε καὶ των ἰδίων καὶ τῶν δημοσίων, ἃς σεισάχθειαν καλοῦσιν.

(3) Guiraud, p. 421.

même enfin, pour Philochoros, dont le témoignage nous est rapporté par les lexicographes [1], la seisachthie n'aurait consisté que dans l'abolition des dettes privées et publiques. Enfin, dit-on, c'est dans le même sens que s'expriment plusieurs anciens auteurs, comme Héraclide, Denys d'Halicarnasse, Dion Chrysostome et Diogène Laërce [2]. Le système de la clientèle peut, sans doute, invoquer de nombreuses analogies, car la clientèle ou servage existe, ainsi que nous l'avons indiqué, dans un grand nombre de cités grecques. Mais ici l'argument d'analogie ne serait pas fondé, car, dans ces cités, la clientèle n'est guère qu'une conséquence de la conquête, et les clients ne sont que les anciens habitants réduits en servage par des étrangers victorieux. Dans l'Attique, au contraire, ainsi que l'attestent tous les témoignages qui nous sont parvenus, les Ioniens qui s'y sont établis ne se sont point présentés en conquérants; un accord s'est établi entre eux et les indigènes, qui a rendu possible la fusion entre l'ancienne et la nouvelle population. L'institution de la clientèle ou du servage n'y aurait donc aucun fondement historique. Si la réforme de Solon avait eu la portée considérable qu'on lui prête dans le système de la clientèle, c'est-à-dire si elle avait consisté dans l'affranchissement de la propriété détenue jusqu'alors à titre précaire par les serfs, cette modification si profonde au régime de la propriété aurait été certainement relevée par les historiens et les philosophes, et elle aurait été indiquée clairement par Solon lui-même dans les vers par lesquels il a célébré sa réforme. Si tous les anciens auteurs ne voyaient autre chose dans la seisachthie qu'une abolition des dettes,

(1) Photius et Suidas, v° Σεισάχθεια et *Frag. hist. graec.* de Müller, 57 : σεισάχθεια χρεωκοπία δημοσιών καὶ ἰδιωτικῶν, ἣν εἰσηγήσατο Σόλων. εἴρηται δὲ παρ' ὅσον ἔθος ἦν Ἀθήνησι τοὺς ὀφείλοντας τῶν πενήτων σώματι ἐργάζεσθαι τοῖς χρήσταις, ἀποδόντας δὲ οἱονεὶ τὸ ἄχθος ἀποσίεσασθαι, ὡς Φιλοχόρῳ δὲ δοκεῖ, ἀποψηφισασθῆναι τὸ ἄχθος.

(2) Héraclide, 1, 5, *in* Müller, *loc. cit.*, I, 208; Denys d'Halicarnasse, 5, 65; Dion Chrysostome, 31, 69; Diogène Laërce, I, 2, 1.

une ἀποκοπὴ τῶν χρεῶν, c'est qu'en réalité il n'y avait pas autre chose. On ne saurait sérieusement objecter qu'une réforme ayant uniquement pour objet l'abolition des dettes n'aurait pas eu une portée bien sensible, parce qu'à l'époque de Solon il ne pouvait guère être question de dettes. Bien au contraire, avant Solon, les dettes et l'usure étaient le fléau de l'agriculture; pour Hésiode [1], dettes et ruine vont ensemble. On ne saurait non plus objecter que l'enlèvement des ὅροι dont parle Solon [2], et par lequel se serait manifesté l'affranchissement de la terre, ne saurait s'entendre des bornes hypothécaires dont il est question aux siècles suivants, attendu qu'à l'époque de Solon l'institution de l'hypothèque n'était pas encore connue. On ne sait point, en effet, à quel moment précis l'hypothèque a été reçue dans le droit attique. En tout cas, l'hypothèque était pratiquée de très bonne heure en Grèce, car les anciens attribuaient à Oxylos, l'un des chefs de l'invasion dorienne, une loi interdisant de prêter sur une hypothèque immobilière [3]. Si l'on examine attentivement les vers de Solon dans lesquels il parle de sa réforme [4], on voit que pour lui il existait un rapport étroit entre la suppression des dettes et l'enlèvement des ὅροι, le second fait n'étant à ses yeux que la conséquence du premier. Le langage du poète-législateur suivant lequel la terre, « auparavant esclave est maintenant libre », ne peut avoir quelque signification que s'il s'agit d'une assujettissement anormal de la terre, comme celui qui la place entre les mains d'un créancier hypothécaire étranger, mais on se demande

(1) Hésiode, *Op. et dies*, p. 403 : ἀλλά σ'ἄνωγα φράζεσθαι χρειῶν τε λύσιν λιμοῦ τ' ἀλεωρήν.

(2) Plutarque, *Solon*, c. 13.

(3) Aristote, *Polit.*, VII, 2, 5 (1319 *a*).

(4) Aristote, *Const. des Athén.*, c. 12 :

Γῆ μέλαινα, τῆς ἐγώ ποτε
ὅρους ἀνεῖλον πολλαχῇ πεπηγότας,
πρόσθεν δὲ δουλεύουσα, νῦν ἐλευθέρα.

Cf. Plutarque, *Solon*, c. 15.

vainement comment le sol eût été asservi par cela seul que les nobles en auraient eu la propriété exclusive [1].

Voici alors quelles sont, dans le système que nous exposons, les causes de la révolution sociale dont Solon a posé les règles. A l'époque où il fut choisi pour arbitre, la population de l'Attique, abstraction faite des citoyens qui vivaient sur la côte et se livraient au commerce depuis que la crainte des pirates avait diminué, comprenait deux grandes divisions : d'un côté les nobles, les Eupatrides, possédant des richesses mobilières considérables et les meilleures terres de la contrée, situées autour d'Athènes, dans cette partie du territoire qu'on appelle la Pédias. D'un autre côté les petits propriétaires, qui ont été refoulés vers le nord, dans la partie la moins fertile et appelée la Diacrie. Leur sort est devenu de jour en jour plus misérable. Par suite de leur faiblesse politique, et probablement aussi par l'influence de certains faits économiques que nous ignorons, ils ont été peu à peu appauvris et ruinés, ils ont dû emprunter aux riches, aux nobles, et, comme la terre est inaliénable et insaisissable, le créancier a le droit, s'il n'est pas payé à l'échéance, de saisir tous les ans les cinq sixièmes de la récolte, ce qui entraîne à brève échéance la ruine complète et, en outre, l'esclavage de la dette soit à l'étranger, soit en Attique, d'un grand nombre de ces petits propriétaires ruinés. Plutarque [2] dit, il est vrai, que les pélates athéniens n'abandonnaient que le sixième de la récolte. Mais Plutarque n'est pas une des autorités devant lesquelles on soit obligé de s'incliner, et il est avéré que souvent il ne donne pas la preuve d'un sens historique très sûr. Si la redevance payée par les pélates athéniens avait été du sixième seulement, on s'expliquerait mal leurs souffrances et leurs agitations. Elles deviennent, au contraire, toutes naturelles, si l'on admet que

(1) Guiraud, p. 105.

(2) Plutarque, *Solon*, c. 13.

la redevance était des cinq sixièmes, car ce qui leur restait ne leur fournissait pas suffisamment de quoi subsister, à moins de s'endetter davantage et de s'exposer à l'esclavage. Le parti opprimé devenant tous les jours plus nombreux et plus redoutable, la guerre sociale menaçant à l'intérieur alors qu'à l'extérieur Athènes était impuissante et humiliée, on se décida à confier à Solon la mission de résoudre le grave problème social, et la solution qu'il y donna en 594 consista dans l'abolition des dettes et de la redevance des cinq sixièmes. La terre est délivrée, et cette délivrance se manifeste par l'enlèvement des bornes hypothécaires, des ὅροι. Cette délivrance est, du reste, accompagnée de celle des citoyens qui avaient été vendus comme esclaves, les uns à l'étranger, les autres, en Attique : ils recouvrent en même temps la liberté et la cité [1].

D'après Fustel de Coulanges, l'institution de la clientèle ou du servage, si elle ne peut, à Athènes, comme dans d'autres cités grecques, être le résultat de la conquête, y est la conséquence naturelle de la constitution du γένος. La famille antique comprenait, suivant lui, sous l'autorité d'un chef unique, deux classes de rang inégal, d'une part les individus naturellement libres, d'autre part les serviteurs ou clients, inférieurs par la naissance, mais rapprochés du chef par leur participation au culte domestique. A l'origine, quand les familles vivaient isolées, les clients demeuraient avec la famille. Mais quand la cité fut fondée, ils cherchèrent à sortir

(1) Martin (p. 59) se demande quelle a pu être la conséquence de la seisachthie pour les biens-fonds aliénés depuis longtemps, si l'on a simplement déchargé de leurs obligations les propriétaires qui étaient encore sur leurs terres, comme ἑκτήμοροι, comme payant à leurs créanciers les cinq sixièmes de la récolte, ou bien si l'on a aussi rendu leur propriété à ceux qui l'avaient perdue, à ceux qui avaient été vendus comme esclaves, qui avaient été traînés à l'étranger et qui avaient vécu dans cette triste condition assez de temps pour oublier leur langue maternelle. Cet auteur estime qu'il est bien difficile de répondre à la question. Il croit cependant que Solon est allé jusque-là, au moins là où il était possible de déterminer les droits des anciens propriétaires.

de la famille. Le maître leur assigna un lot de terre qu'ils finirent par cultiver non plus pour lui, mais pour leur propre compte moyennant le paiement d'une certaine redevance. Mais ce champ où s'écoule désormais toute la vie du client, de l'ἑκτημόρος, du thète ou pélate à Athènes, il lui est interdit d'en devenir propriétaire ; ce champ continue à porter la borne sainte (ὅρος) qui est honorée comme un dieu, et qui atteste que le champ, uni à la famille de l'Eupatride par un lien sacré, ne pourra jamais appartenir en propre au client. Cette borne, le thète est obligé de la vénérer, mais il la hait, car elle n'est là que pour l'avertir de son impuissance à jamais devenir propriétaire ; elle se dresse pour lui dire que son champ est une terre dépendante et esclave. Un sentiment de révolte se glisse dans son cœur, et les Diacriens, qui labouraient péniblement les flancs de la montagne où on les avait relégués, finissent par devenir si menaçants que l'on doit, par l'intermédiaire de Solon, leur donner satisfaction en abolissant la clientèle, en tranformant en propriétaires libres les tenanciers ou serfs de la glèbe et en leur donnant en pleine propriété la terre dont ils n'avaient que la détention précaire et qui était comme eux l'esclave du maître. Quant à la redevance du sixième que le thète payait à l'Eupatride, Solon la supprime ou peut-être la réduit à un taux tel que le rachat en devienne facile, ajoutant qu'à l'avenir le défaut de paiement ne pourra plus, comme autrefois, faire retomber le laboureur en servitude.

La théorie de la clientèle, bien que paraissant, au premier abord, condamnée par les textes des anciens auteurs qui ont parlé de la seisachthie, est cependant, à notre avis, plus vraisemblable que l'interprétation d'après laquelle Solon se serait contenté d'abolir les dettes antérieures et l'esclavage pour dettes. Le système de la clientèle a d'abord pour lui de nombreuses analogies. Il est vrai qu'à Athènes l'existence du servage ne saurait se justifier par la conquête, mais

comme le dit Fustel de Coulanges, il trouve son explication dans la constitution des γένη de l'Attique. Les Eupatrides, de même qu'ils possèdent seuls les droits politiques et religieux, sont seuls ou presque seuls propriétaires du sol. Ils se partagent, au nombre de deux ou trois cents, le territoire de toute l'Attique, et leurs clients, les thètes ou pélates, cultivent moyennant une redevance une grande partie de ce territoire. Les anciens auteurs n'ont pas été d'ailleurs sans voir que la situation des thètes athéniens correspondait à celle des serfs qui existaient dans d'autres cités, c'est-à-dire à une situation intermédiaire entre la liberté et l'esclavage [1]. Ainsi Denys d'Halicarnasse dit à ce sujet : « C'était une antique institution chez les Grecs, qui subsista longtemps chez les Thessaliens, mais qui ne fut en vigueur à Athènes que dans les siècles primitifs ; les Athéniens appelaient ces hommes thètes ; les Thessaliens les nommaient pénestes » [2]. L'historien assimile ainsi les thètes Athéniens aux pénestes thessaliens, c'est-à-dire à des serfs. Il est certain, d'autre part, que l'expression πελάται, dont se sert Aristote [3] pour désigner les thètes ou ἑκτήμοροι, est le mot qu'emploient toujours les écrivains grecs pour traduire le mot latin *clientes* [4]. Quelle que puisse être la différence entre les clients romains et les thètes athéniens, cette synonimie n'en est pas moins significative et elle nous montre que, pour les anciens, le πελάτης était une sorte de client de l'Eupatride.

Le système de la clientèle se concilie parfaitement avec

(1) Cf. Isocrate, *Plat.*, XIV, § 48, où il plaint : πολλοὺς μὲν μικρῶν ἕνεκα συμβολαίων δουλεύοντας, ἄλλους δ' ἐπὶ θητείαν ἰόντας, τοὺς δ' ὅπως ἕκαστοι δύνανται τὸ καθ' ἡμέραν ποριζομένους.

(2) Denys d'Halicarnasse, *Antiq. rom.*, II, 9 : ἔθος ἑλληνικὸν καὶ ἀρχαῖον, ᾧ Θετταλοί τε μέχρι πολλοῦ χρώμενοι διετέλεσαν καὶ Ἀθηναῖοι κατ' ἀρχάς... ἐκαλοῦν δὲ Ἀθηναῖοι θῆτας, Θέσσαλοι δὲ πενέστας.

(3) Aristote, *Const. des Athén.*, c. 2.

(4) Plutarque, *Rom.*, c. 13 : πάτρωνας ὀνομάζων, ὅπερ ἐστὶ προστάτας· ἐκείνους δὲ κλιέντας, ὅπερ ἐστι πελάτας. Plutarque, *Agis*, 6, se sert également du mot πελάται pour désigner les hilotes de Sparte.

ce que nous raconte Plutarque [1] de la situation des thètes libérés par Solon qui, dit-il, labouraient pour les riches, en leur payant une redevance de la sixième partie du produit. Or certainement le mécontentement de toute cette classe de la population serait inexplicable si ces thètes étaient de simples fermiers ou métayers, en vertu d'un contrat librement conclu avec le propriétaire du champ : ils n'auraient eu, pour se soustraire à un pareil contrat, plutôt avantageux pour eux, qu'à le résilier ou à ne pas le renouveler. Le sentiment de révolte des thètes se comprend très bien, au contraire, s'il faut voir en eux des tenanciers malgré eux, rattachés au γένος de l'Eupatride par un lien de dépendance héréditaire, incapables de devenir propriétaires et exposés à retomber en esclavage si la redevance n'est pas payée. On ne saurait, il est vrai, accorder une autorité absolue au témoignage de Plutarque, car cet auteur, comme nous le verrons, n'a pas compris la véritable portée de la seisachthie. Cependant son allégation concernant le taux de la redevance paraît confirmée par une phrase d'Isocrate où il est dit que, dans l'Athènes primitive, les riches n'imposaient à leurs tenanciers qu'un loyer très modéré [2]. Au surplus, comme aucun texte ne dit expressément que les ἐκτημόροι payaient une redevance des cinq sixièmes, il vaut encore mieux s'en tenir sur ce point au témoignage formel de Plutarque [3].

La théorie de la clientèle paraît, sans doute, en contradiction avec la manière dont les anciens auteurs interprètent la réforme de Solon. Mais, d'une manière générale, on peut dire

(1) Plutarque, *Solon*, 13 : ἐγεώργουν γὰρ τοῖς πλουσίοις ἕκτα τῶν γινομένων τελοῦντες, ἑκτημόριοι προσαγορευόμενοι καὶ θῆτες.

(2) Isocrate, *Areopag.*, 32 : τοῖς μὲν γεωργίας ἐπὶ μετρίαις μισθώσεσι παραδιδόντες.

(3) Cf. Schol. sur Platon, *Eutyphr.*, p. 4, c. : πελάται εἰσὶν οἱ παρὰ τοῖς πλησίον ἐργαζόμενοι, καὶ θῆτες οἱ αὐτοὶ δὲ καὶ ἑκτημόριοι, ἐπεὶ τῷ ἕκτῳ μέρει τῶν καρπῶν εἰργάζοντο τὴν γῆν.

que ces écrivains n'avaient point le sens de la haute antiquité, et qu'ils avaient tous une tendance, bien naturelle d'ailleurs, à expliquer d'après les faits et les usages de leur propre temps des évènements historiques dont ils n'avaient qu'une notion imparfaite. Il est certain, par exemple, que nous possédons aujourd'hui du γένος antique une idée beaucoup plus exacte que celle qu'en pouvaient avoir même des écrivains de la valeur d'Aristote. Cela étant, on comprend d'abord que Plutarque n'ait semblé voir dans la réforme de Solon qu'une simple abolition de dettes. Et cependant, si l'on examine avec attention le tableau qu'il fait, dans sa *Vie de Solon*, de l'état de la société athénienne, on voit qu'il a eu l'intuition de la véritable situation respective des Eupatrides et de leurs clients. Ce n'est guère que de cette manière qu'on peut expliquer la description qu'il fait de l'Attique avant Solon, disant « qu'il y avait une profonde inégalité entre les hommes, les uns étant pauvres, les autres riches, et cela au point que toute la cité en était troublée » [1]. Comme le dit Fustel de Coulanges [2], il s'agit sans nul doute d'une inégalité dans la richesse foncière, car bien qu'il pût y avoir déjà quelque commerce dans Athènes, il est certain que cette ville était alors l'une des moins commerçantes et des moins industrieuses de la Grèce. Plutarque suppose ainsi un Etat où la propriété n'appartient qu'à un petit nombre d'individus. Comme il n'y avait pas, à cette époque, une grande circulation d'argent, les emprunts devaient être rares, et, dès lors, on conçoit difficilement que, comme le remarque ailleurs Plutarque, toute une partie du peuple fût débitrice de l'autre [3].

Aristote paraît également faire consister la seisachthie dans une abolition des dettes, et cependant les expressions

(1) Plutarque, *Solon*, c. 13.
(2) *Nouvelles recherches*, p. 129.
(3) Plutarque, *ibid*.

dont il se sert, dans son traité sur l' Ἀθηναίων πολιτεία, pour dépeindre l'état du peuple avant Solon, impliquent une contradiction manifeste avec le remède que, selon lui, Solon aurait apporté à la misère du peuple. Ainsi, dit-il, la constitution était alors entièrement oligarchique ; les pauvres, eux, leurs femmes et leurs enfants étaient les esclaves des riches (ἐδούλευον τοῖς πλουσίοις) » [1]. Il dit de même, un peu plus loin, que « la multitude était asservie (δουλευόντων) à quelques-uns » [2]. Dans son traité sur la *Politique*, il emploie la même expression et dit que Solon a fait cesser l'esclavage du peuple (δουλεύοντα τὸν δῆμον παῦσαι) [3]. Sans doute, le bas peuple ne se trouvait pas en état d'esclavage proprement dit, mais les expressions énergiques employées par Aristote pour caractériser sa situation impliquent tout au moins une sorte sorte de servage, de clientèle. L'historien de la constitution d'Athènes marque bien ailleurs cette inégalité dans la répartition de la richesse foncière que suppose le servage ou la clientèle « La terre, dit-il était tout entière entre les mains d'un petit nombre d'hommes... le peuple supportait très difficilement et très amèrement de ne pas avoir sa part de la terre » [4]. Une simple abolition des dettes, même accompagnée de la suppression pour l'avenir de la contrainte par corps, aurait été manifestement insuffisante pour contenter des hommes qui réclamaient leur part de terres, et qui même, comme le dit autre part Aristote, avaient espéré un partage de toutes les terres [5]. Solon lui-même, dans des vers cités par Aristote, fait allusion aux espé-

(1) Aristote, *Const. des Athén.*, c. 2.

(2) *Ibid.*, c. 5.

(3) *Polit.*, II, 9, 2.

(4) Aristote, *Const. des Athén.*, c. 2 : ἡ δὲ πᾶσα γῆ δι' ὀλίγων ἦν... χαλεπώτατον μὲν οὖν καὶ πικρότατον ἦν τοῖς πολλοῖς τῶν κατὰ τὴν πολιτείαν τὸ τῆς γῆς μὴ κρατεῖν. Nous suivons, avec Clerc (p. 342, note 1), pour ce passage, l'édition Herwerden-Leeuwen.

(5) Aristote, *ibid.*, c. 11 : ὁ μὲν γὰρ δῆμος ᾤετο πάντ' ἀνάδαστα ποιήσειν αὐτόν. Cf. Plutarque, *Solon*, c. 16.

rances qu'avaient fait naître chez les thètes les pouvoirs illimités qu'on lui avait confiés pour résoudre le problème social : « Je n'ai pas voulu, dit Solon, que tous, grands et petits, eussent une part égale de la grasse terre de la patrie » [1]. C'est que les thètes avaient réclamé non seulement la reconnaissance de leur droit de propriété sur les terres qu'ils cultivaient depuis des siècles, mais encore un partage général dans lequel on aurait compris les terres si fertiles de la Pédias, qui étaient presque exclusivement entre les mains des Eupatrides, les terres des clients étant surtout situées dans la Diacrie. C'est ce résultat qu'a écarté Solon en se refusant à proclamer l'égalité sociale aussi bien que l'égalité politique. Mais précisément, en disant qu'il n'a pas voulu donner aux petits une part du sol aussi grande qu'aux nobles, Solon montre bien qu'il leur en a donné une certaine part, faisant ainsi d'eux des propriétaires, moins bien lotis, sans doute, que les Eupatrides qui possédaient les meilleures terres, mais en définitive de véritables propriétaires. C'est bien encore cet affranchissement de la terre par la suppression de ce qu'on peut appeler le domaine éminent des Eupatrides que Solon, dans cette même pièce de vers, présente comme l'objet de sa réforme : « La Terre noire, dit-il, de laquelle j'ai naguère enlevé les bornes plantées de tous côtés, et qui, esclave auparavant, est maintenant libre » [2]. En supposant, au surplus, que le peuple se fût

(1) Aristote, *ibid.*, c. 15 :

οὐδὲ πιείρας χθονὸς
πατρίδος κακοῖσιν ἐσθλοὺς ἰσομοιρίαν ἔχειν

Clerc (p. 344) observe que « Solon n'hésite pas à employer les termes de ἐσθλός et de κακός, dont le sens à cette époque est bien connu, notamment par l'emploi qu'en fait constamment Théognis : ces *bons* ne sont point autre chose que les *nobles* et ces *mauvais* les *non nobles*, c'est-à-dire les clients émancipés qui vont bientôt devenir le peuple. »

(2) Aristote, *ibid.*, c. 12 : γῆ μέλαινα..... V. *supra*, p. 533, note 4. — Cf. Plutarque (*Solon*, c. 15), qui fait précéder la citation de ces deux vers des mots τῆς προυκειμένης γῆς, pour désigner la situation de la terre affranchie par Solon.

trouvé dans cet état de dépendance qu'Aristote va même jusqu'à qualifier d'esclavage, on ne voit pas comment une simple abolition des dettes aurait pu remédier à sa misère. Ce n'eût été qu'une mesure temporaire, qui n'aurait en rien modifié l'état économique de la société athénienne. Les mêmes causes de sujétion subsistant, le peuple serait inévitablement retombé dans son ancienne misère et la seisachthie n'aurait servi à rien, tandis qu'elle apparaît, au contraire, comme ayant tranché définitivement la question sociale. Aussi faut-il observer que Solon, dans la pièce de vers où il exalte sa réforme, et qu'Aristote cite à l'appui de son commentaire, ne dit pas un mot de cette prétendue abolition des dettes. Il célèbre seulement l'affranchissement de la terre et la suppression de la servitude pour un grand nombre de ses concitoyens.

Comment donc expliquer qu'Aristote, qui paraît ainsi avoir eu un sentiment très net de la condition respective des Eupatrides et des thètes avant Solon, ait présenté la χρεῶν ἀποκοπή comme l'objet de la seisachthie? La raison en est, comme le dit très bien Clerc [1], que l'historien, « faute de documents, qui ne pouvaient d'ailleurs exister, n'a pu comprendre en quoi consistait exactement cette « servitude », et il a été obligé d'accepter la tradition courante, qui voulait qu'une simple abolition des dettes eût suffi pour délivrer le peuple. » L'ancien régime de la *gens* avait disparu complètement après Solon, au point qu'on en avait même perdu la notion. Aussi, comme l'observe de son côté Fustel de Coulanges [2], les nouvelles générations, une fois habituées à la liberté, ne voulaient ou ne pouvaient pas croire que leurs pères eussent été serfs, et elles expliquaient le mot seisachthie comme marquant seulement une abolition de dettes. Mais si elle n'avait eu que cette signification, la réforme de Solon

(1) Clerc, p. 341.
(2) *Cité antique, loc. cit.*

n'aurait pas empêché le retour, à un assez bref délai, des mêmes difficultés. Cependant il n'en est plus question dans la suite [1], et c'est seulement dans les cités de la Grèce de la décadence qu'on voit apparaître ces luttes entre les riches et les pauvres qui se perpétueront jusqu'à la réduction de la Grèce en province romaine [2]. C'est donc qu'il faut considérer la réforme de Solon comme ayant pour objet la suppression légale et définitive de l'antique clientèle et la rupture des derniers liens personnels qui rattachaient encore les uns aux autres deux classes d'habitants. Son résultat a été d'affranchir en même temps les hommes et la terre, en rompant définitivement l'ancienne organisation du γένος et en créant, à côté des Eupatrides, une autre classe d'hommes ayant également leur part de propriété dans le sol de l'Attique et jouissant, comme leurs anciens patrons, quoique dans une moindre mesure, des droits politiques par suite des réformes politiques qui ont été le complément nécessaire de la réforme sociale.

Nous avons omis de parler, jusqu'à présent, de l'explication que certains auteurs anciens, au nombre desquels se trouvait Androtion, ont donné de la seisachthie. Cette réforme, d'après eux, aurait simplement consisté dans un changement apporté au titre des monnaies, par suite duquel 100 drachmes nouvelles équivalaient à 72 drachmes et demie [3]. Solon aurait, en même temps, réduit le taux des in-

(1) Guiraud (p. 422), qui voit dans les ἑκτημόροι des métayers, est obligé de convenir qu'à partir de Solon les documents cessent brusquement de les mentionner, et il s'ingénie à trouver des raisons à cette disparition subite du métayage. Pour nous, il y a là rien d'étonnant, puisque les ἑκτημόροι sont des clients dont la classe a disparu par suite de la réforme de Solon.

(2) Clerc, p. 344.

(3) Plutarque, Solon, c. 15 : καίτοι τινὲς ἔγραψαν, ὧν ἐστιν Ἀνδροτίων, οὐκ ἀποκοπῇ χρεῶν, ἀλλὰ τόκων μετριότητι κουφισθέντας ἀγαπῆσαι τοὺς πένητας καὶ σεισάχθειαν ὀνομάσαι τὸ φιλανθρώπευμα τοῦτο καὶ τὴν ἅμα τούτῳ γενομένην τῶν τε μέτρων ἐπαύξησιν καὶ τοῦ νομίσματος τιμὴν κτλ.

térêts pour alléger le fardeau des débiteurs. Mais cette explication est généralement rejetée par les partisans du système de la redevance comme par ceux de la théorie de la clientèle. On ne comprend pas, en effet, comment la seisachthie, réduite à cette simple signification, aurait été un soulagement suffisant, soit pour de malheureux propriétaires, à qui on ne continuait à laisser que le sixième de leur récolte, soit pour des clients endettés à qui on aurait toujours refusé le droit d'être propriétaires du sol qu'ils cultivaient. La réforme que Plutarque attribue à Solon en ce qui concerne le changement dans le titre des monnaies est vraie, sans doute. Mais, ainsi que l'atteste formellement Aristote [1] elle est bien distincte de la seisachthie ; elle l'a suivie et complétée dans un sens favorable aux débiteurs. Ceux-ci, en effet, ont pu se libérer avec les nouvelles monnaies, qui valaient un quart en moins, et faire tort d'autant à leurs créanciers [2].

Si le servage, ou plutôt la clientèle, disparut brusquement à Athènes par l'effet des réformes de Solon, l'institution analogue qui existait dans d'autres cités de la Grèce se maintint beaucoup plus longtemps. Ainsi nous savons par Strabon [3] que les Hilotes de Sparte ont subsisté presque sans modification jusqu'à la domination romaine. A la fin du IIIe siècle avant J.-C., le poète Théocrite savait qu'il existait toujours des pénestes en Thessalie. De même, chez les Crétois, le servage florissait encore à l'époque où Aristote rédigeait sa *Politique* [4]. Par contre, l'autorité des Bysantins sur leurs serfs

(1) Aristote, *Const. des Athén.*, c. 10 : πρὸ δὲ τῆς νομοθεσίας ποιήσας τὴν τῶν χρεῶν ἀποκοπὴν καὶ μετὰ ταῦτα τήν τε τῶν μέτρων καὶ σταθμῶν καὶ τὴν τοῦ νομίσματος αὔξησιν.

(2) Cf. Schœmann-Galuski, t. I, p. 377 ; Gilbert, p. 142 ; Martin, p. 57 ; Grote, t. I, p. 78 ; Hermann-Thumser, p. 375-376. V. toutefois : Hultsch, *Griech. u. rœm.*, *Metrol.*, 2e édit., p. 200 et s. ; Curtius, *Griech. Gesch.*, 5e éd., t. I, p. 316 ; Wachsmuth, *Hell. alt.*, t. I, p. 472 ; Droysen, *Zum Münzwesen Athens*, in *Ber. d. Berl. Akad.*, 1882, p. 1195.

(3) Strabon, VIII, p. 365.

(4) Aristote, *Polit.*, 10, 9, 1.

de Bithynie paraît n'avoir plus été qu'un souvenir historique à la fin du IIIe siècle avant notre ère [1]. Le servage dut probablement disparaître d'une manière générale après la conquête romaine, car il n'avait plus alors sa raison d'être [2].

(1) Cf. Athénée, VI, p. 271, b.
(2) Cf. Guiraud, 419-420.

FIN DU TOME DEUXIÈME.

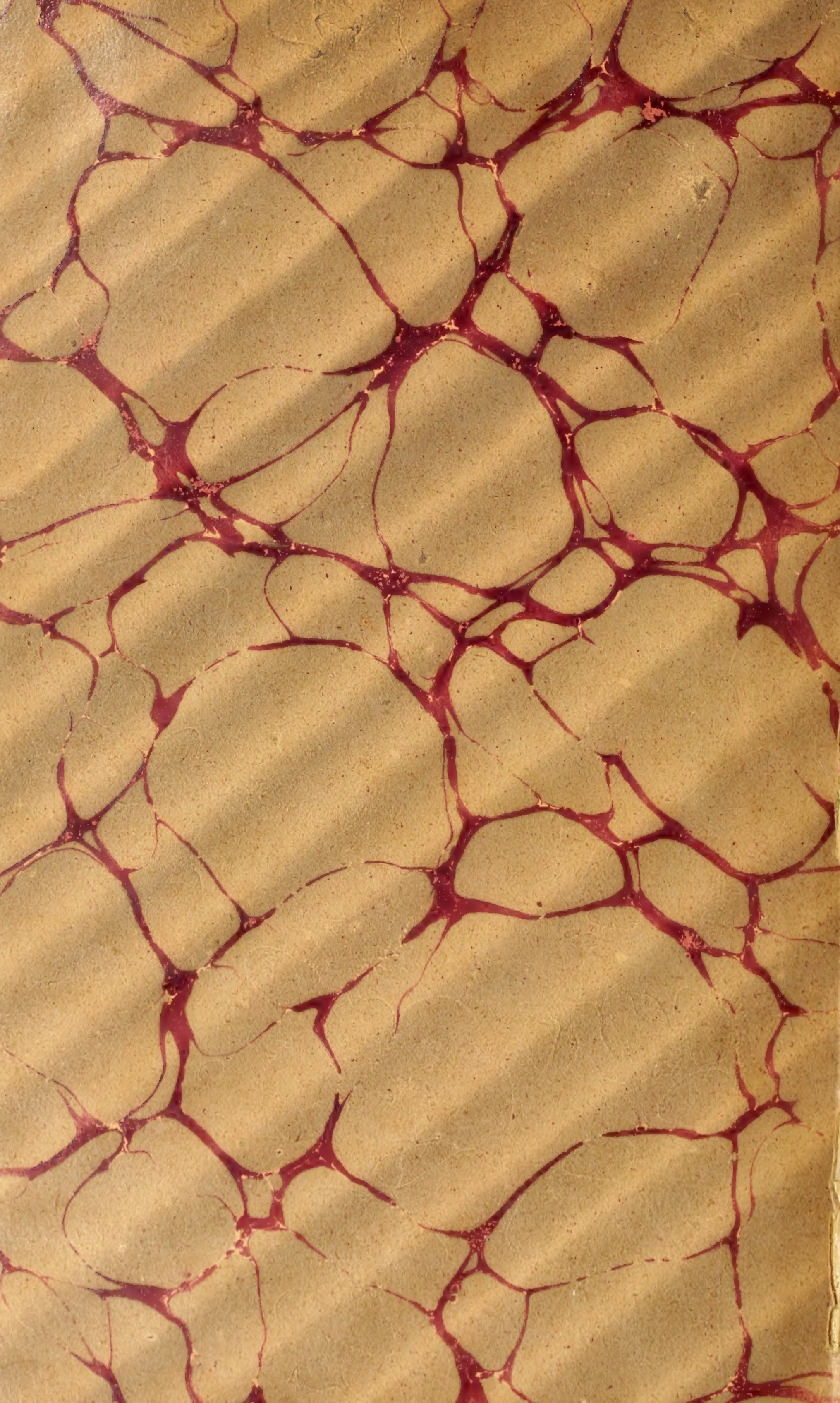
TABLE DES MATIÈRES

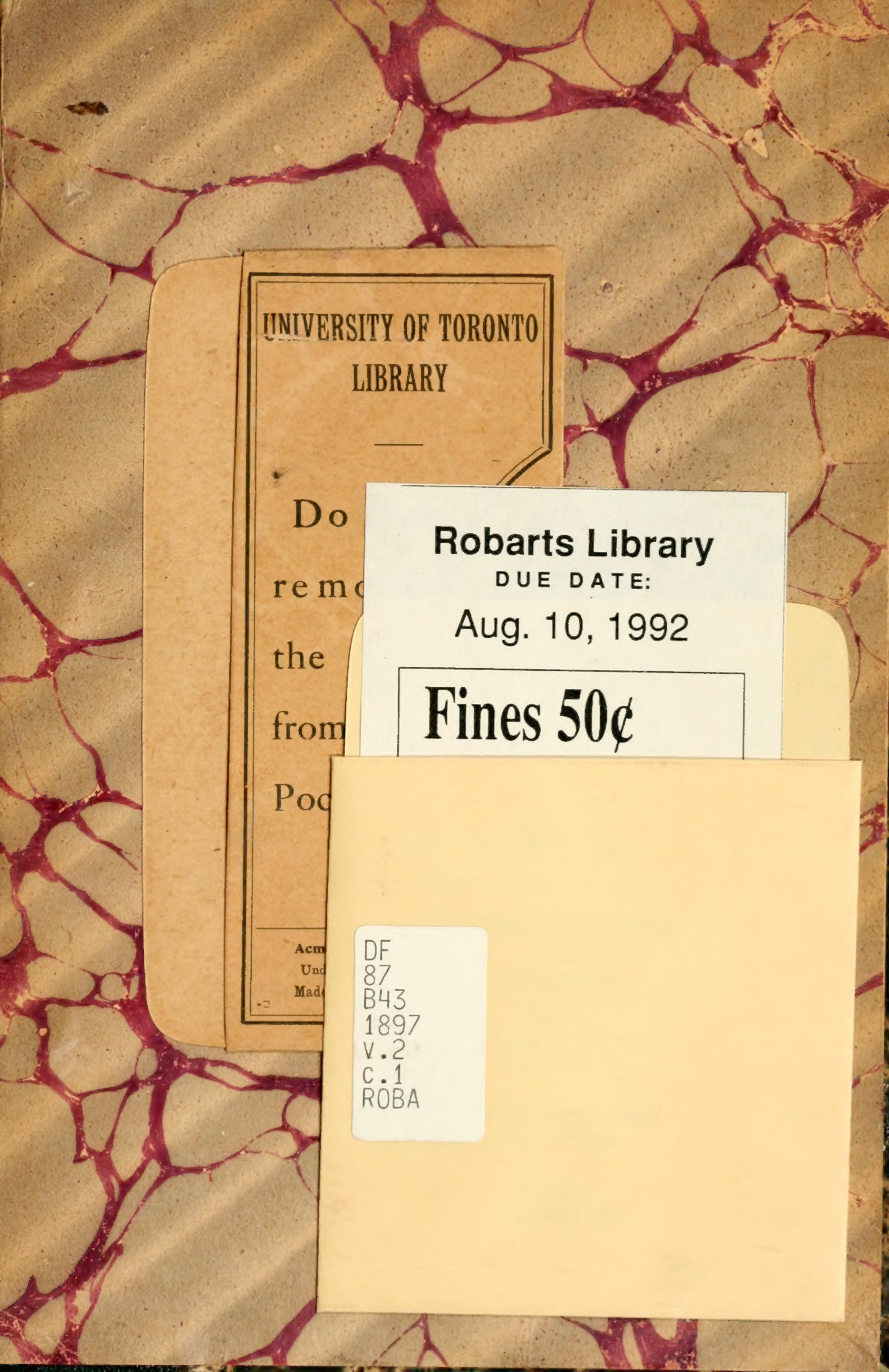
TITRE IV

EXTENSION DE LA FAMILLE. L'ESCLAVAGE.

FIN DE LA TABLE DU TOME DEUXIÈME.

Imprimerie de l'Ouest, E. SOUDÉE, Mayenne.




UNIVERSITY OF TORONTO
LIBRARY
Do
remo
the
from
Poc
Robarts Library
DUE DATE:
Aug. 10, 1992
Fines 50¢
DF
87
B43
1897
v.2
c.1
ROBA

